

Editorial

Prezados leitores, amigos e parceiros da Revista da AJURIS

É sempre com alegria e sentimento de um trabalho exitoso, realizado em equipe, que se anuncia uma nova publicação. No caso da Revista da AJURIS, que agora já conta com 144 volumes, numa trajetória ascendente em termos de qualidade, impacto e receptividade, construída ao longo de décadas, o que é fruto da participação ativa e abnegada de – nesse período – centenas de autores e pareceristas, bem como do Conselho Editorial e da nossa assessoria editorial, que aqui homenageamos em nome da nossa colaboradora Sandra Flores.

Neste volume, mais uma vez contamos com contribuições de alta qualidade, incluindo doutrina estrangeira e representativa de diversos Programas de Pós-Graduação de diversas regiões brasileiras, tudo em sintonia com a nossa linha editorial.

Assim, resta-nos aqui desejar a todos uma ótima leitura e proveito, enquanto já nos preparamos para o próximo volume, de Dezembro de 2018.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 81, 4º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9103

E-mail: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Vera Lúcia Deboni

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Madgéli Frantz Machado

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Madgéli Frantz Machado – Vice-Presidente Cultural*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet – Diretor da Revista*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto – Coordenador do Conselho Editorial*
- ✓ *Jayme Weingartner Neto – Diretor da Escola Superior da Magistratura*

Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaggia, Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Daiello Moreira, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eládio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins, Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodrycz.*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo (in memoriam).*
- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Profª Drª Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS; Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini – Uninter, PR.*

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Engenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Profª Drª Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Profª Drª Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

Avaliadores que participaram desta edição:

- ✓ *Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel, UFPE, PE; Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa, UFSC, SC; Prof. Dr. Bernardo Strobel Guimarães, PUC, PR; Prof. Dr. Cristhian Magnus De Marco, UNOESC, SC; Profª Drª Debora Gozzo, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias, UNIFOR, CE; Profª Drª Elaine Harzheim Macedo, PUC, RS; Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto, PUC, RS; Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco, UFRGS, RS; Prof. Dr. Giovanni Agostini Saavedra, PUC, RS; Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila, UEM, PR; Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, PUC, RS; Prof. Dr. Ivan Martins Motta, UNIFIEO, SP; Profª Drª Julia Maurmann Ximenes, IDP, DF; Profª Drª Livia Gaigher Bósio Campello, UFMS, MS; Prof. Dr. Luis Renato Vedonato, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, UFPA, PA; Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro, UNOESC, SC; Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez, UNOESC, SC; Prof. Dr. Nereu José Giacomolli, PUC, RS; Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, UNIFOR, CE; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier, UNIBRASIL, PR; Profª Drª Regina Vera Villas Bôas, PUCSP, SP; Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz, UNOESC, SC; Profª Drª Rosalice Fidalgo Pinheiro, UNIBRASIL, PR; Profª Drª Thais Novaes Cavalcanti, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Tiago Fensterseifer, DPE.SP, SP; Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Yuri Schneider, UNOESC, SC. Seções de artigos aceitos na cota-convite:*

Seções de artigos aceitos na cota-convite:

- ✓ *Doutrina Estrangeira*

Percentuais de endo e exogenia dos artigos (16) desta edição:

- ✓ *Endogenia (05) – 31,25%*
- ✓ *Exogenia (11) – 68,75%*

Percentuais de endo e exogenia dos avaliadores (30) desta edição:

- ✓ *Endogenia (06) – 20%*
- ✓ *Exogenia (24) – 80%*

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES FEDERADOS NAS DEMANDAS QUE VISAM AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS¹

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND THE PASSIVE LEGITIMACY OF THE FEDERATED ENTITIES IN THE DEMANDS THAT AIM AT THE SUPPLY OF MEDICINES

Adalberto Narciso Hommerding²

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, Porto Alegre/RS, Brasil)

Bruno Rambo Cardoso³

Acadêmico do Curso de Direito (Unijuí, Santa Rosa/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; direito administrativo.

RESUMO: O presente texto, com o auxílio da Sociologia do Direito, busca demonstrar que, em todos os casos envolvendo o fornecimento de medicamentos, devem ser respeitados os atos normativos criados pelo Poder

Executivo e a legislação infraconstitucional atinente à matéria, o que faz com que algumas das demandas por saúde tenham de ser direcionadas à Justiça Federal, e não aos Estados e/ou Municípios, uma vez que é a União quem deve ser responsabilizada pelo fornecimento dos fármacos não incorporados ao SUS. A decisão do juiz

¹ O presente artigo faz parte dos estudos realizados nas disciplinas “Políticas legislativas e diversidade” e “Temas em sistemas de direitos fundamentais e Constituição”, ministradas pelo autor Adalberto Narciso Hommerding, respectivamente, no Mestrado em Direito e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo/RS.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha (2012). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2001). Magistrado na Comarca de Santa Rosa/RS. Professor de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado em Direito) na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo/RS. *E-mail*: anhommerding@tjrs.jus.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8316483023945932>>.

³ Estagiário na 2ª Vara Cível da Comarca de Santa Rosa/RS. *E-mail*: brunoramboc@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5102130390194316>>.

que reconhece a existência de competências e responsabilidades diferenciadas dos entes da Federação não é ativista porque respeita competências legais, não negando aos cidadãos o acesso à justiça e o seu direito fundamental à saúde. Apenas aponta o caminho jurisdicional adequado à satisfação do direito social fundamental do cidadão, respeitando a estrutura do sistema de saúde. O texto procura demonstrar que, em especial, é possível superar as decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ) que reconhecem haver responsabilidade solidária dos entes estatais pelo fornecimento de medicamentos. O método utilizado é o dedutivo e o da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

***ABSTRACT:** The present text, with the aid of the Sociology of Law, seeks to demonstrate that, in all cases involving the supply of medicines, the normative acts created by the Executive Branch and the infra-constitutional legislation pertinent to the matter must be respected, which makes it so that some of the demands for health have to be directed to the Federal Courts, and not to the States and/or Municipalities, since it is the Union that must be held responsible for the supply of medicines not incorporated into SUS. The judge's decision that recognizes the existence of differentiated competences and responsibilities of the entities of the Federation is not activist because it respects legal competences, not denying citizens access to justice and their fundamental right to health. It only points to the jurisdictional path appropriate to the satisfaction of the fundamental social right of the citizen, respecting the structure of the Health System. The text seeks to demonstrate that, in particular, it is possible to overcome the decisions of the Superior Courts (STF and STJ) that recognize the joint responsibility of the state entities for the supply of medicines. The method used is deductive and bibliographical and jurisprudential research.*

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental à saúde; responsabilidade dos entes da Federação; sociologia do direito.

KEYWORDS: *fundamental right to health; responsibility of the entities of the Federation; sociology of law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Análise da responsabilidade solidária dos entes federativos; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Analysis of the solidary responsibility of the federated entities; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Há determinadas decisões que os juízes tomam que não são nada *agradáveis* de se tomar. Vejam-se, por exemplo, as situações dramáticas muitas vezes narradas pelos autores de ações visando ao fornecimento de medicamentos indispensáveis à manutenção de suas vidas cujo custo é exorbitante. Para um julgador, um Juiz de Direito, por exemplo, integrante de uma Justiça Estadual, muitas vezes é mais fácil conceder liminar e determinar ao Estado da Federação, no mais das vezes financeiramente *quebrado*, fornecer ditos medicamentos. Essa solução, inclusive, pode deixar o magistrado mais *tranquilo* com a sua consciência enquanto ser humano que é, possibilitando a ele, então, *encostar a cabeça no travesseiro e dormir tranquilo* por ter ajudado a salvar uma vida. O problema é que juízes não podem julgar conforme a sua consciência (Streck), mas de forma a aplicar o melhor direito, respeitando competências e responsabilidades, buscando dizer aquilo que o direito, e não o magistrado, tem a dizer. Significa dizer que uma resposta correta, adequada ao direito, não é aquela que o juiz diz que é, mas a que o Direito, compreendido enquanto instituição, Constituição, leis, regulamentos, regras, princípios, poderes estatais, etc., diz que é. Bem por isso demonstra-se adiante por que em determinados casos os juízes devem extinguir por ilegitimidade passiva do Estado ou do Município algumas ações que visam ao fornecimento de medicamentos, uma vez que é a União que deve ser responsabilizada pelo fornecimento dos fármacos postulados. Ou seja, não se quer com isso defender que deve ser negado o acesso à justiça aos autores de tais demandas e muito menos negar seu direito fundamental, mas apenas apontar qual é a *porta* jurisdicional adequada à satisfação do seu direito social fundamental. Para isso – sempre respeitando o posicionamento das cortes superiores e de quem na doutrina pensa diferente –, utiliza-se adiante uma série de argumentos, boa parte apoiados na Sociologia do Direito, em especial no funcionalismo sistêmico de Talcott Parsons, que possibilitam fazer uma espécie de *superação (overruling)* das decisões que vêm sendo prolatadas pelos Tribunais Superiores. Procura-se, assim, trazer argumentos que buscam demonstrar que alguns dos argumentos dos Tribunais utilizados nas decisões que reconhecem a dita solidariedade dos entes estatais pelo fornecimento de medicamentos que deveriam ser considerados não vêm sendo levados em conta. Pretende-se demonstrar, ainda, que outros tantos argumentos também não guardam coerência lógica. Tudo será explicado ao seu tempo. Como já dito, o método utilizado é o dedutivo e o da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1 ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS

A fundamentação do item citado foi dividida em 4 tópicos, que, por sua vez, foram divididos, no que coube, em alguns subtópicos, todos devidamente alinhavados a seguir. A conclusão, porém, já pode ser encontrada, de forma resumida, no final do tópico 1.1, logo adiante.

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO À SAÚDE E O RECONHECIMENTO DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS

O poder constituinte originário – inicial, autônomo/ilimitado e incondicionado – da Constituição da República de 1988, ao delimitar seção própria para a matéria, consagrou a saúde como direito social fundamental intrínseco à garantia da ordem social nacional. Determinou, também, que o acesso às ações e aos serviços de saúde é universal, igualitário e ordenado, sendo de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante o que dispõe o art. 23, inciso II, da CRFB/1988.

Pois bem. Da interpretação dos dispositivos constitucionais relativos ao direito à saúde, a doutrina e a jurisprudência pacificaram entendimento no sentido de que os entes federativos (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) são solidariamente responsáveis pela garantia do direito à saúde. Nesse sentido, mencionam-se alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: AC 70074554171 (1ª Câmara Cível), AC 70074094913 (2ª Câmara Cível), AC 70070066915 (3ª Câmara Cível), AC 70074301938 (4ª Câmara Cível), AC 70074551748 (7ª Câmara Cível), AC 70074080920 (8ª Câmara Cível), AC 70065499345 (12ª Câmara Cível), AC 70059932921 (17ª Câmara Cível), AC 70074388919 (21ª Câmara Cível) e AC 70074052481 (22ª Câmara Cível).

Nesse sentido também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1655741/RS, Min. Herman Benjamin; AgInt-REsp 1617502/PI, Min. Regina Helena Costa; AgInt-REsp 1611955/PI, Min. Francisco Falcão; AgInt-AREsp 995677/RS, Min. Assusete Magalhães; AgInt-EDcl-AREsp 959082/PR, Min. Sérgio Kukina; AgInt-AREsp 1019455/PR, Min. Mauro Campbell; e AgRg-REsp 1182886/SC, Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 (Tema 793) pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a questão ora discutida assumiu caráter de repercussão geral, porquanto reconhecida a relevância (transcendência) do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. No mérito, foi reafirmada, por maioria dos votos, sua jurisprudência dominante sobre a matéria no sentido de reconhecer a existência de responsabilidade solidária entre os entes federados, podendo figurar no polo passivo de demandas que versam sobre fornecimento de medicamentos e/ou de tratamento qualquer um destes, em conjunto ou isoladamente. Ademais, quanto à matéria, importantes também foram as decisões monocráticas do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento das Suspensões de Tutela Antecipada (STA) nºs 175, 178 e 244.

Da síntese de todas as supramencionadas decisões, e de tantas outras mais, é possível identificar, como fundamentação da responsabilidade solidária dos entes federativos à garantia do direito à saúde, os seguintes argumentos em comum:

- a) norma derivada do texto constitucional: como a obrigação de *cuidar da saúde* é uma competência comum (art. 23, inciso II, da CRFB/1988) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não há falar em subsidiariedade com relação a tal direito social fundamental (art. 6º da CRFB/1988), sendo, então, a solidariedade o resultado lógico da interpretação normativa. O dever (art. 196 da CRFB/1988) do Estado (gênero), *lato sensu* considerado, à efetivação da saúde, vincula todos os entes federais (espécie) igual e solidariamente. A descentralização dos serviços e a conjugação dos recursos financeiros dos entes federativos no SUS tão somente reforça a obrigação solidária entre eles;
- b) primazia da Constituição da República de 1988 em relação às normas legais e infralegais: considerando que, como dito, a solidariedade seria um resultado decorrente da Constituição da República, Lei Maior da nação, quaisquer distribuições de competência de que se possa falar – e organizações internas – dentro do Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080/1990 e Decreto nº 7.508/2011, por exemplo) não possuem força suficiente capaz de afastar a imperatividade do comando constitucional, que prevalece à própria gestão da saúde pública. A natureza programática (art. 196 da CRFB/1988) do direito à saúde não tem o condão de afastar a solidariedade, uma vez que a saúde é

prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas, bem como norma autoaplicável, de eficácia plena e aplicação imediata, não dependente de regulamentação;

- c) a defesa da vida é uma questão jurídica e eticamente superior ao orçamento: na medida em que a saúde – e, por extensão, a vida – é um direito impostergável, inadiável, e dever constitucional imediato do Estado e do Poder Público, cuja efetivação dar-se-á por meio de políticas sociais e econômicas concretas, a responsabilização de outro ente senão o inicialmente demandado revelar-se-ia como medida meramente protelatória, quicá inconstitucional, incapaz de trazer utilidade ao processo e, principalmente, ao titular do direito pleiteado. Constitui-se, portanto, em um dilema no qual prevalece a *prerrogativa fundamental* (direito à saúde/vida) contra *um interesse financeiro e secundário do Estado*, cuja argumentação possui fulcro em *razões de ordem ético-jurídica*; e
- d) a intervenção do Poder Judiciário é limitada à concretização do direito no mundo dos fatos (microjustiça): isso porque a intervenção judicial não decorre de omissão absoluta em matéria de políticas públicas atinentes à proteção do direito à saúde, mas, sim, para determinar o cumprimento de políticas sociais e econômicas estabelecidas. O Poder Judiciário, então, apenas agiria no sentido de evitar que a saúde viesse a se tornar mera *promessa constitucional inconsequente*, evitando que o Poder Público (macrojustiça) fraudasse as expectativas de justiça nele depositadas pelo coletivo, o que seria um gesto irresponsável de infidelidade. Conforme tal argumento, não haveria, portanto, violação ao princípio da separação dos Poderes.

Inobstante tais argumentos, em variados graus e formas, serem utilizados como fundamentação de praticamente todas as decisões acerca da responsabilidade solidária em ações de medicamentos e/ou procedimentos – isso quando a decisão não é meramente sustentada no dogma da *jurisprudência pacífica* –, é possível fazer uma distinção e dar solução diversa aos casos da espécie. No caso, convém, desde logo, a fim melhorar a didática desta exposição, apresentar resumidamente alguns contra-argumentos, que serão aprofundados nos próximos tópicos.

Inicialmente, é importante ressaltar que o texto não é a norma. Há uma diferença ontológica (Streck) entre tais termos. Essa, a norma, é o resultado da interpretação do texto, no caso, do texto constitucional. E a interpretação que os

juízes e os Tribunais têm feito do art. 23, inciso II, e do art. 196, especialmente, é pela solidariedade de todos os entes federativos, independentemente de os demais Poderes terem repartido as competências específicas entre eles. A Constituição, porém, tão somente determina a efetivação das ações e dos serviços públicos de saúde (ASPS) por meio de *uma rede regionalizada e hierarquizada*, constituindo *um sistema único*, o SUS, mas não especifica, naquele momento, *como* deve ser concretizado tal comando, como devem ser repartidas as competências. Essas, as competências, são organizadas e definidas pelo Governo, que tem mais informação do que os juízes e Tribunais, sob risco de a interferência do Poder Judiciário romper a integração do sistema social. A efetivação de tal dever, portanto, é encargo constitucional dos órgãos executores de políticas públicas, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, sua fiscalização e seu controle (art. 197).

Veja-se: a competência dos entes é comum (art. 23, inciso II) justamente porque nenhum deles pode se furtar de garanti-la, o que não significa dizer, entretanto, que qualquer um deles deva, ou possa, efetivá-la por completo. Um Município, por exemplo, não é capaz de oferecer a mesma qualidade, e quantidade, de serviço que a União, tanto em razão da sua possibilidade financeira (reserva do possível) quanto por decorrência da própria hierarquia – e das referências hierárquicas de complexidade de serviços – existente entre tais entes. Essa competência comum, portanto, não é irrestrita, tendo cunho administrativo, porquanto se refere à possibilidade de formulação e execução de políticas públicas de saúde.

Quaisquer direitos que têm repercussão financeira, principalmente os sociais (também denominados de prestacionais), necessariamente haverá de ter uma previsão dos seus custos. E para haver previsão de custos se faz necessária a regulamentação legislativa, assim como determinam os arts. 196, 197 e 198, todos da CRFB/1988, sob o risco de, em não havendo norma, a natureza programática do direito à saúde levar a uma decisão ineficaz no aspecto de *criar* dinheiro – porque não cria – e, conseqüentemente, resguardar o próprio sistema de saúde. Ademais, a descentralização dos serviços – assim como a regionalização e hierarquização –, com a conjugação dos recursos financeiros dos entes federativos no SUS, é mera estratégia de otimização da eficiência dos gastos públicos com saúde (princípio constitucional da eficiência, conforme art. 37, *caput*, da CRFB/1988). A decisão a favor da solidariedade não encontra sustento em razões de ordem ético-jurídica, pois o Direito, muito embora se

refira à moralidade cidadã, não se refere, necessariamente, a toda a moralidade e não pode resolver todas as situações ou remeter sua resolução a instâncias que sequer têm condições de fazê-la.

Indiscutível que o direito à saúde é tanto um direito individual quanto um direito coletivo, justamente por ser o indivíduo parte da coletividade, mas o indivíduo, de certa forma, é menor que a coletividade, de modo que não pode se sobrepor a ela, o que, infelizmente, ocorre quando algum ente federativo é responsabilizado judicialmente a alcançar medicamentos e/ou procedimentos terapêuticos que fogem à sua competência, à sua alçada e ao modo como são distribuídos os recursos financeiros. Dessa maneira, o respeito às atribuições administrativas traz, sim, utilidade a toda a coletividade, que faz uso das políticas universais. Entendimento diverso decorre do fato de o julgador ser um ator social capaz de observar apenas os casos concretos (a microjustiça). A macrojustiça, que é de gerência da Administração Pública, foge à sua percepção, porque o Judiciário apenas contém *razoável informação* (Parsons).

Pode-se questionar, então, o seguinte: É possível falar em omissão por parte da Administração Pública no modo como vêm sendo concretizadas as políticas públicas de saúde? Ora, ao menos do ponto de vista normativo, não há omissão ou inércia por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo em vista que, além de terem criado as normas regulamentadoras da saúde (LC 141/2012, Lei nº 8.080/1990, Decreto nº 7.508/2011, portarias, resoluções, entre outros⁴), distribuem as responsabilidades de cada ente por meio de listas definidas nas pactuações interfederativas (Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, em que, inclusive, as decisões são tomadas por consenso, e não por votação), consideradas as possibilidades financeiras de cada um – ao menos é o que há de se presumir.

É nesse sentido que se coloca a seguinte questão: Pode o Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito pautado na separação dos Poderes, interferir nas deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas, quais sejam, o Legislativo e o Executivo, no sentido de impor ou invalidar ações administrativas e políticas públicas? Com efeito, no momento em que ele, o Judiciário, passa a decidir diferentemente do que os demais Poderes estabeleceram dentro de sua competência legal e constitucional, e não apenas

⁴ Uma lista mais extensa pode ser encontrada no *site* do Conselho Nacional da Saúde. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

no sentido de determinar o cumprimento de políticas sociais e econômicas já estabelecidas, transborda da sua competência constitucional e comete, *ipso facto*, um ato revolucionário, revestido de ativismo judicial.

Aliás, a partir do momento em que o Poder Judiciário interfere desse modo nas políticas públicas de saúde – sejam elas econômicas ou sociais –, assumindo papel de protagonista em sua implementação, acaba, no mais das vezes, por privilegiar certos indivíduos que possuem acesso qualificado à Justiça em detrimento de outras pessoas, que continuam dependentes das políticas universais, violando, assim, a diretriz de redução das desigualdades econômicas e sociais (art. 3º, inciso III, da CRFB/1988).

No mais, como já dito, adianta-se, desde já, a conclusão: os entes federativos são responsáveis tão somente pelos medicamentos e procedimentos terapêuticos incorporados ao SUS – por meio da Rename, por exemplo – de sua respectiva atribuição, podendo, ainda, haver litisconsórcio necessário, ocasião em que responderão na medida de sua responsabilidade. Assim, por exemplo, em uma mesma demanda, poderá o Município de Santa Rosa/RS responder por medicamento do “Componente Básico da Assistência Farmacêutica”, enquanto o Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, responderá por medicamento do Grupo 2 do “Componente Especializado da Assistência Farmacêutica”, conforme Rename de 2017 (Portaria nº 1.897, de 26 de julho de 2017, do Ministério da Saúde). Nos casos em que não houver incorporação ao Sistema Único de Saúde, eventual responsabilidade pelo fornecimento do medicamento e/ou do procedimento terapêutico judicialmente pleiteados será da União, sendo o feito, então, de competência da Justiça Federal. Isso porque, consoante determina o art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990, “a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde”. E considerando que um órgão público – caso do Ministério da Saúde – não possui personalidade jurídica própria, é da pessoa jurídica a qual pertence a capacidade para ser parte em processo judicial. No caso, portanto, a responsabilidade seria da União. Logo, diante disso, é decorrência lógica que, se é atribuição do Ministério da Saúde (União) dizer acerca da incorporação de novos medicamentos/procedimentos e, portanto, é o único órgão competente para tanto, então será, também, a União a única competente para dizer se determinado medicamento e/ou procedimento não incorporado ao SUS poderá, ou não, ser concedido judicialmente.

Adiante, prossegue-se detalhando alguns pontos que devem ser levados em consideração em casos como os da espécie.

1.2 O PROBLEMA ECONÔMICO DECORRENTE DA RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS (OU: DE COMO OS ESTADOS E, PRINCIPALMENTE, OS MUNICÍPIOS TÊM SUPORTADO DESPROPORCIONALMENTE O CUSTEIO DA SAÚDE)

A solidariedade dos entes da Federação no que diz com o tema saúde virou um verdadeiro axioma, na medida em que passou a ser uma premissa considerada necessariamente verdadeira, servindo como ponto de partida para quaisquer discussões acerca do direito à saúde.

Se, como dito, os Tribunais brasileiros, em especial o STF e o STJ, pacificaram o entendimento de que há solidariedade entre os entes federativos, qual é, afinal de contas, o problema decorrente disso? Simples: é econômico. A sobrecarga fiscal suportada pelos entes federativos subnacionais (Estados e, precipuamente, os Municípios) por atribuições relativas à garantia do direito à saúde que, na realidade, não são suas – se é que, em algum momento, foram –, e, concomitantemente, a regressividade proporcional do gasto da União no setor.

Veja-se: enquanto que, por um lado, a judicialização da saúde tem determinado que os entes federativos – desiguais por natureza – tornem-se iguais em suas responsabilidades para com a saúde; por outro, a contribuição da União vem paulatinamente diminuindo, proporcionalmente aos demais, de modo a agravar as disparidades do dever de custeio entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A fim de explicitar o subfinanciamento crônico do SUS, com base na profícua pesquisa⁵ desenvolvida por Élidea Graziane Pinto, Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia e Lenir Santos, será descrito o desenrolar histórico do custeio das ações e dos serviços públicos de saúde (ASPS), tendo como ponto de partida a consagração da saúde como direito social fundamental, conforme dito inicialmente. Em conjunto com a análise histórica/legislativa, serão

⁵ Intitulada “O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo”. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/366>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

exemplificados, empiricamente, os efeitos das mudanças legais pertinentes ao caso.

O constituinte originário, no mesmo passo em que elevou a saúde a direito social fundamental, entendeu haver necessidade de os recursos da seguridade social serem repartidos equitativamente entre as suas três áreas (saúde, assistência e previdência social). Por essa razão, determinou, por meio do art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que 30% (trinta por cento), no mínimo, do orçamento da seguridade social – que vem prevista no art. 195 da CRFB/1988 – seria a quota-parte da saúde. Como exercício prático, é importante ter em mente que, se fosse mantida a referida regra – art. 55 do ADCT –, seria destinado, apenas no ano de 2015, à garantia do direito à saúde, aproximadamente, o montante de R\$ 240.000.000.000,00, considerando que a Lei nº 13.115/2015 (que estima a receita e fixa a despesa da União) fixou a despesa do orçamento da seguridade social no valor total de R\$ 797.066.406.191,00, e não a *mera* importância de R\$ 100.054.862.000,00, quantia esta efetivamente aplicada pela União em 2015⁶. Aliás, em 2016 e 2017, a despesa do orçamento da seguridade social aumentou, respectivamente, para os montantes de R\$ 865.771.529.873,00 e de R\$ 948.425.754.351,00, conforme a Lei nº 13.255/2016 e a Lei nº 13.414/2017.

Como a supramencionada regra do art. 55 do ADCT é transitória por natureza, não demorou muito, contextualmente falando, para que as diretrizes orçamentárias relativas à saúde fossem *devidamente* legisladas, o que ocorreu, em um primeiro momento, por meio da edição da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, com a inclusão do inciso XI ao art. 167 da CRFB/1988, cujo efeito foi a vinculação das contribuições constitucionais previstas pelo art. 195, incisos I, *a*, e II, da CRFB/1988, tão somente à previdência social, removendo, assim, a saúde e a assistência de sua repartição originária. Nesse sentido mencionam-se os referidos dispositivos:

Art. 167. São vedados:

[...]

⁶ Fonte: Relatório Resumido da Execução Orçamentária de 2015, Tesouro Nacional. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RR0dez2015+retificado+pela+portaria+N+125-2016+-+REPUBLICA%3%87%C3%83O.pdf/6ca973dd-7eba-4862-99b8-1792477c2dfd>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, *a*, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...].

Desse modo, em razão de a saúde ter ficado sem fonte específica para seu sustento, foi editada, em 23 de setembro de 2000, a Emenda Constitucional nº 29, a fim de que fossem assegurados recursos mínimos ao financiamento das ações e dos serviços públicos de saúde; porém, ao invés de definir os percentuais destinados à saúde, a EC 29/2000 apenas delegou tal responsabilidade à lei complementar, de modo que, até a vinda desta legislação, seria obedecido o regime transitório do art. 77 do ADCT, nos seguintes termos:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157

e 159, inciso I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3º.

[...]

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

E a legislação delegada veio... 12 anos depois! E pior: com a sua criação - Lei Complementar nº 141, de 16 de janeiro de 2012 - nada foi alterado quanto ao regime de gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde (ASPS), uma vez que foram mantidos os patamares históricos de aplicação da receita (impostos e transferências) nas políticas públicas de saúde, quais sejam, 15% para os Municípios, 12% para os Estados e para o Distrito Federal, e, para a União, o valor do ano anterior acrescido da variação nominal do PIB (art. 77 do ADCT), o que vinha sendo feito desde 2001! Daí decorre, em parte, a referida regressividade proporcional do gasto do Governo Federal com saúde, pois o crescimento das receitas correntes da União tem sido, via de regra, superior à variação do PIB.

Ademais, se não bastasse a estagnação do custeio da saúde no Brasil durante a vigência da EC 29/2000, houve regressão no valor *historicamente* destinado às políticas públicas de saúde com a edição da Emenda Constitucional nº 86, em 17 de março de 2015. Isso porque, a despeito de a União ter finalmente se comprometido a gastar percentual incidente sobre sua Receita Corrente Líquida (RCL) - o que, diga-se de passagem, ainda está longe do que busca o Movimento Saúde + 10⁻⁷, o efeito da nova equação foi que, em razão da progressão de índices mínimos (art. 2º da EC 86/2015) para que, em 2020, fosse atingido o novo patamar de 15% da RCL (art. 198, § 2º, inciso I, da CRFB/1988), o *subpiso* de 13,2% previsto para o ano de 2016 acarretou perda aproximada de R\$ 2.135.607.000,00

⁷ Cujo pleito é de que 10% da Receita Corrente Bruta (RCB) da União fosse destinada à saúde, e não 10% da Receita Corrente Líquida (RCL), entre outros motivos, em razão de a RCL ser mais sensível aos períodos de baixo crescimento econômico e mais vulnerável à vontade governamental.

referente ao efetivo mínimo legal no final do ano⁸. E mais: ao prever percentuais iniciais inferiores aos 15% legais, o Governo Federal admite que este mínimo de 13,2% é, de fato, o máximo a ser empenhado, precisamente por não poder, ou não pretender, atingir o percentual de 15% da sua RCL em 2016.

Entre as mudanças regressivas da EC 86/2015, cumpre mencionar a alteração do inciso I e a revogação do inciso IV, ambos do § 3º do art. 198 da CRFB/1988, que retiraram da LC 141/2012 a possibilidade de estabelecer os percentuais mínimos a serem aplicados pela União em ações e serviços públicos de saúde, bem como as suas normas de cálculos. No mais, em seu art. 3º, a EC 86/2015 prevê que, ao invés de acréscimo à área da saúde (art. 4º da Lei nº 12.858/2013), a parte da União no valor dos *royalties* resultantes da exploração de petróleo e gás natural seria computada como gastos mínimos da União no setor. Nesse sentido faz-se menção aos referidos dispositivos:

[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

~~I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)~~

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

⁸ Adiantando explicação posterior, a revogação do art. 2º da EC 86/2015 pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, fez com que, em 2016, o mínimo legal a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) pela União passasse a ser 15% da sua RCL, que perfazia a quantia de R\$ 722.474.299.000,00 em 2016, resultando, assim, no valor mínimo legal de R\$ 108.371.144.000,00; porém, a União destinou “apenas” o valor de R\$ 106.235.537.000,00 à saúde.

I – os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

~~IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)~~

IV – (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

Art. 3º As despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal.

Por fim, a mais recente alteração legislativa pertinente à presente discussão foi a edição da Emenda Constitucional nº 95, em 15 de dezembro de 2016, que, além de revogar o art. 2º da EC 86/2015 (a regra de escalonamento *progressivo* do gasto mínimo com saúde, a fim de atingir a *miragem* de 15% da RCL), estabeleceu limites de gastos em ações e serviços públicos de saúde. No exercício de 2017, os gastos no setor equivalerão a 15% da RCL da União e, a partir do exercício de 2018, o valor do exercício imediatamente anterior, corrigido monetariamente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), conforme os arts. 107 e 110 do ADCT. Ora, com essa mudança, o gasto mínimo com saúde passa, então, a ser o máximo aplicável pelos próximos 20 anos! E não mais estará atrelado ao crescimento do PIB, sendo meramente corrigido pela inflação. Esse retrocesso motivou, em 15 de fevereiro de 2017, a propositura da ADIn 5.658, que aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria da Ministra Rosa Weber.

Pois bem. Feita a descrição das principais mudanças legislativas ao longo da história, passa-se à análise dos efeitos legislativos e à conclusão aqui proposta, qual seja, o agravamento das disparidades entre os entes da Federação no que diz com o financiamento do SUS, que, por força de decisões judiciais indiscriminadas, tem levado à desorganização da Administração Pública e, se assim continuar, certamente levará o sistema ao colapso.

O deslinde histórico aponta, principalmente, para a excessiva oneração dos Municípios, locais onde efetivamente vivem os cidadãos titulares do direito à saúde, e os primeiros a serem invocados por quem busca seu direito, o que decorre da sua competência primária ao atendimento, nos termos da Constituição da República de 1988, que, em seu art. 30, inciso VII, assim dispõe: “Compete aos Municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

Dados do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS) apontam que os Municípios aplicam 8% a mais do seu piso constitucional de 15% e que, só no ano de 2014, por exemplo, aplicaram 22 bilhões de reais além do que deveriam ter aplicado, conforme informações do então Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems), José Fernando Casquel Monti⁹. Nos Municípios de Santa Rosa/RS, Tuparendi/RS e Porto Mauá/RS, por exemplo, os dados¹⁰ relativos às despesas próprias destes com ações e serviços públicos de saúde (ASPS) são os seguintes:

Santa Rosa/RS	Receita (R\$ e 100%)	Mínimo Constitucional (R\$)	Despesa Própria com ASPS (R\$ e %)
2012	79.353.772,20	11.903.065,83	14.069.517,89 (17,94)
2013	88.310.938,37	13.246.640,76	15.526.860,46 (17,58)
2014	97.835.720,80	14.675.358,12	17.710.724,62 (18,10)
2015	103.567.120,03	15.535.068,00	20.470.109,69 (19,77)
2016	98.664.377,25	14.799.656,59	21.708.823,53 (22,00)

Tuparendi/RS	Receita (R\$ e 100%)	Mínimo Constitucional (R\$)	Despesa Própria com ASPS (R\$ e %)
2012	18.661.319,34	2.799.197,90	2.897.555,72 (15,72)
2013	21.461.814,62	3.219.272,19	3.514.276,07 (16,37)
2014	21.797.851,86	3.269.677,78	4.165.309,06 (19,11)
2015	22.018.967,79	3.302.845,17	4.243.177,60 (19,27)
2016	24.904.196,29	3.735.629,44	4.593.405,90 (18,44)

⁹ Informação disponível em: <<http://www.conasems.org.br/monti-na-camara/>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

¹⁰ O mínimo constitucional dos Municípios (15%) está previsto no art. 196, § 3º, inciso I, da CRFB/1988 e no art. 7º da LC 141/2012. Os dados foram obtidos por meio de consulta ao Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS). Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/siops/mais-sobre-siops/6114-demonstrativos-municipios>>. Acesso em: 17 set. 2017.

Porto Mauá/RS	Receita (R\$ e 100%)	Mínimo Constitucional (R\$)	Despesa Própria com ASPS (R\$ e %)
2012	7.430.614,25	1.114.592,14	1.755.046,93 (24,38)
2013	8.252.541,39	1.237.881,21	1.828.289,45 (22,15)
2014	8.670.283,92	1.300.542,59	1.846.838,44 (21,30)
2015	9.087.461,08	1.363.119,16	2.010.961,27 (22,13)
2016	10.239.726,74	1.535.959,01	1.825.961,02 (17,83)

A regressividade proporcional aventada, que é relativa, uma vez que, em termos nominais, houve expansão formal do gasto federal em saúde, também pode ser vista no fato de a participação da saúde na receita da União ter caído, desde a década passada, de 8% para 6,9%¹¹.

Enfim, a história demonstra que, durante toda a vigência da EC 29/2000 e posteriormente à criação da LC 141/2012, quem assumiu – proporcionalmente falando – maior parte do custeio da saúde diante da pressão social, judicializada ou não, foram, primeiramente, os Municípios, e que os Estados, não muito distantes da situação dos Municípios, operaram, por vezes, em déficit¹² fiscal. O piso, na verdade, sempre foi o teto para a União! E, após a edição da EC 95/2016, constitucionalizou-se tal prática, infelizmente.

A fim de esquematizar o subfinanciamento crônico dos entes subnacionais relativo ao custeio de ações e serviços públicos de saúde (ASPS) e a regressividade proporcional dos gastos da União no setor, segue tabela¹³ demonstrativa (em R\$):

Ano	Total (R\$ e 100%)	União (R\$ e %)	Estados (R\$ e %)	Municípios (R\$ e %)
2000	34.789.829.000,00	20.351.492.000,00 (58,49)	7.068.112.000,00 (20,31)	7.370.225.000,00 (21,18)
2001	41.183.404.000,00	22.474.070.000,00 (54,57)	9.419.014.000,00 (22,87)	9.290.321.000,00 (22,55)

¹¹ Situação notificada pelo *Jornal Folha de São Paulo* em 30 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/09/1524589-saude-disputa-verbas-com-programas-sociais-e-perde-espaco-no-orcamento-da-uniao.shtml>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

¹² O Conselho Nacional de Saúde apontou que, em 2003, apenas 11 (onze) Estados cumpriram a EC 29/2000. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/ec29.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

¹³ Os dados referentes aos anos de 2000 até 2010 foram obtidos do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS). Quanto aos demais anos, os dados da União foram obtidos por meio de consulta ao Relatório Resumido de Execução Orçamentária (RREO), no *site* do Tesouro da Fazenda. Os dados dos Estados e dos Municípios, por sua vez, estão disponíveis em: <<http://www.cosemsce.org.br/v2/wp-content/uploads/downloads/2015/05/financiamento-em-saude-CEARA.pdf>> e <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/atualizacao-2015/L02_O-Financiamento-da-Saude_jun2015.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

Ano	Total (R\$ e 100%)	União (R\$ e %)	Estados (R\$ e %)	Municípios (R\$ e %)
2002	47.523.988.000,00	24.736.843.000,00 (52,05)	10.757.458.000,00 (22,63)	12.029.688.000,00 (25,31)
2003	54.264.400.000,00	27.181.155.000,00 (50,09)	13.317.828.000,00 (24,54)	13.765.417.000,00 (25,36)
2004	66.431.831.000,00	32.703.495.000,00 (49,22)	17.318.612.000,00 (26,06)	16.409.723.000,00 (24,70)
2005	77.097.481.000,00	37.145.779.000,00 (48,18)	19.664.415.000,00 (25,50)	20.287.287.000,00 (26,31)
2006	87.292.998.000,00	40.750.155.000,00 (46,68)	22.978.253.000,00 (26,32)	23.564.590.000,00 (26,99)
2007	96.704.273.000,00	44.303.496.000,00 (45,81)	25.969.633.000,00 (26,85)	26.431.144.000,00 (27,33)
2008	112.103.582.000,00	48.670.189.000,00 (43,41)	30.976.460.000,00 (27,64)	32.456.932.000,00 (28,95)
2009	125.057.647.000,00	58.270.260.000,00 (46,59)	32.258.750.000,00 (25,79)	34.528.637.000,00 (27,61)
2010	138.456.103.000,00	61.965.198.000,00 (44,75)	37.264.003.000,00 (26,91)	39.226.902.000,00 (28,31)
2011	159.849.688.000,00	72.356.648.000,00 (45,26)	41.487.250.000,00 (25,95)	46.005.790.000,00 (28,78)
2012	175.068.642.000,00	78.210.742.000,00 (44,67)	44.819.210.000,00 (25,60)	52.038.690.000,00 (29,72)
2013	195.014.486.000,00	83.053.256.000,00 (42,58)	52.015.590.000,00 (26,67)	59.945.640.000,00 (30,73)
2014	215.008.531.000,00	91.898.531.000,00 (42,74)	57.370.000.000,00 (26,68)	65.740.000.000,00 (30,57)

Da observação dos dados apresentados supra é possível verificar as seguintes situações: a) a participação da União no custeio das ações e dos serviços públicos de saúde (ASPS) é regressiva no tempo, proporcionalmente, no mínimo, aos Estados e Municípios; b) os Estados têm suportado, em acirrado segundo lugar, boa parte dos gastos no setor, proporcionalmente à sua despesa no passado; e c) os Municípios têm suportado, relativamente à sua possibilidade, muito mais do que os demais entes federativos, situação essa cuja tendência sempre foi – e, ao que tudo indica, sempre será – a de piorar durante os anos.

Assim, é possível entender, ao menos em parte, o porquê da diminuição da contribuição da União. Isso é decorrência lógica: os cidadãos comuns, titulares

do direito à saúde que são, quando do seu momento de necessidade, de carência, procuram, primeiramente, o Município em que vivem e, não raro, o seu Estado – no nosso caso, o Estado do Rio Grande do Sul, em razão da sua capacidade econômica maior –, mas não a União. Via de regra, portanto, os cidadãos não pleiteiam medicamentos e procedimentos terapêuticos na Justiça Federal, até porque apenas alguns Municípios *do interior* possuem varas da Justiça Federal, o que faz com que os cidadãos tenham que procurar a Justiça Estadual. Dito de outro modo, a judicialização da saúde tem agravado essa regressividade proporcional da União, que passa da esfera legislativa para a esfera fática, econômica.

Entre as decisões judiciais que causam alvoroço e grande impacto às finanças públicas estão aquelas que concedem medicamentos importados, como é o caso, por exemplo, do *Eculizumab*, comercialmente denominado de *Soliris*, indicado para amenizar os efeitos de uma forma de anemia rara e crônica chamada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN). Esse medicamento, em 2010, foi considerado o mais caro do mundo e tão somente em janeiro de 2015 foi aprovado para entrar na lista do sistema de saúde britânico (NHS) após análises de sua eficácia pelos órgãos daquele país.

Conforme reportagem datada de 2012 da Revista *Época*¹⁴, a quantia aproximada de R\$ 800.000,00 era o que o Estado de São Paulo arcava, por ano, com um único paciente, que, após recusar o transplante de medula oferecido pela Secretaria de Saúde do Estado – que é capaz de curar a doença HPN e que custaria ao SUS aproximadamente R\$ 50.000,00, mas com 30% de chance de morte ou de ocorrer alguma complicação grave –, obtivesse, via judicial, o direito ao tratamento. E mais: a referida reportagem informa, ainda, que o Estado do Ceará foi condenado a fornecer o dito *Soliris* a quatro pacientes, sendo que, segundo afirmação de Einstein Nascimento, supervisor do departamento que controla os medicamentos de alto custo da Secretaria da Saúde do Ceará, “o dinheiro necessário para atender os quatro corresponde a 67% do valor repassado pelo governo estadual para a compra de medicamentos básicos do município de Fortaleza inteiro”, medicamentos esses destinados ao atendimento

¹⁴ SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde. *Revista Época*, 23 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 13 set. 2017.

de, no mínimo, um milhão de pessoas. Atualmente, tal medicamento custa, considerada a variação do dólar (US\$ 1,00 é igual a R\$ 3,13 quando desta conversão), pelo menos R\$ 1.379.400,00 por ano¹⁵, aproximadamente.

Essa situação de alto custo, aliada à ausência de autorização do medicamento pela Anvisa, levou a Juíza Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, da 13ª Vara Federal do Distrito Federal, a decidir interromper o tratamento de uma paciente, que custava R\$ 1.500.000,00 por ano¹⁶ aos cofres públicos. Em suas razões de decidir, a magistrada utilizou o argumento de que o medicamento *Soliris* significaria uma “grave lesão à saúde pública” e que “deve prevalecer o interesse coletivo sobre o particular, pois tamanha lesão à saúde pública, sem dúvida, coloca o sistema em colapso, acarretando grave risco de morte à maioria dos pacientes atendidos pelo SUS”.

Por tais motivos, faz-se necessário sempre contextualizar a matéria discutida nos processos que dizem respeito à saúde como direito fundamental. Veja-se: se o Município de Santa Rosa/RS, por exemplo, fosse indiscriminadamente condenado ao fornecimento de um medicamento do porte do *Soliris* – o que, em razão do reconhecimento da dita solidariedade dos entes federativos, poderia ocorrer¹⁷ –, este teria que, por ano, desviar aproximadamente 9,32% (se considerado o valor de R\$ 1.379.400,00) do seu mínimo constitucional previsto (R\$ 14.799.656,59 em 2016, como apresentado em tabela) para apenas um paciente, sendo que possui, em 2017, população estimada de 72.753 habitantes, todos igualmente titulares do direito à saúde. Se

¹⁵ O medicamento “Soliris” custava, no final do ano de 2016, US\$ 440.000,00 por ano de tratamento, conforme o site “Superlistas”. Disponível em: <<http://www.superlistas.net/os-9-remedios-mais-caros-do-mundo/>>. Acesso em: 13 set. 2017. Esse valor aproximado é confirmado por outras fontes, como a *Revista Forbes* (US\$ 409.500,00). Disponível em: <<https://www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html>>. Acesso em: 13 set. 2017.

¹⁶ SOUZA, Marcelo. Artesã fica sem remédio que custa R\$ 1,5 milhão por decisão judicial. *UOL Notícias*, São Paulo, 24 abr. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/24/artesa-fica-sem-remedio-que-custa-r-15-milhao-por-decisao-judicial.htm>>. Acesso em: 13 set. 2017.

¹⁷ E, inclusive, ocorreu com o Município de Capim Branco/MG (cidade que conta com pouco mais de 10 mil habitantes e apenas um posto de saúde), que pleiteou o ressarcimento, por parte da União, das suas despesas com determinação judicial de tratamento médico de alta complexidade em hospital privado. Foi negado provimento à apelação pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que utilizou o argumento de que “já houve repasse de recursos para o custeio do sistema de saúde municipal”, invocando a dita solidariedade dos entes. Notícia disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-12/uniao-nao-ressarcir-municipio-tratamento-complexo>>. Acesso em: 16 set. 2017.

tal demanda, porém, fosse direcionada à União – que, de fato, é a responsável pelo fornecimento de medicamentos do tipo (pois é o Ministério da Saúde quem elabora as listas oficiais do SUS) –, não só *livraria* o referido Município para, então, poder garantir a saúde, de modo universal (atendimento básico), à sua população, como também garantiria eventual fornecimento e custeio do medicamento à parte necessitada.

O mesmo raciocínio se aplica ao Estado quando figura no polo passivo das demandas judiciais por medicamentos que, condenado a fornecer remédios caros e não constantes da sua lista, fatalmente termina sofrendo profundo impacto na sua saúde financeira, ficando impedido de resguardar a saúde como bem universal.

Com todas essas informações em mão, pode-se, então, passar à análise da dita solidariedade dos entes federativos.

1.3 AINDA É POSSÍVEL FALAR EM RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NA EFETIVA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE?

Este tópico foi dividido em 2 subtópicos, trazendo à baila, neste primeiro momento, noções importantes herdadas da Sociologia, mais especificamente do denominado *funcionalismo sistêmico*, cujo expoente é o sociólogo americano Talcott Parsons. Essas noções são importantes para que se possa verificar quais as funções do Direito na condição de subsistema dentro do sistema social. Tais noções envolvem os conceitos de *sistema social* e de *ponto de equilíbrio do sistema*, considerados os principais elementos da teoria funcionalista. O sistema social é o meio no qual diferentes elementos operam e no qual os indivíduos interagem. O ponto de equilíbrio, por sua vez, permite determinar as funções, as contribuições de cada um dos elementos do sistema, para a manutenção do equilíbrio da ordem social¹⁸. Talcott Parsons partiu de uma releitura da sociologia weberiana, inspirada na teoria dos sistemas da Cibernética e da Biologia, iniciando, assim, o enfoque sistêmico da sociologia. Parsons chegou à conclusão de que não se poderia compreender a sociedade moderna fora de uma noção de sistema, pois são os sistemas que permitem a comunicação e a sociedade. Os sistemas, segundo nosso sociólogo, estariam, assim, em permanente contato, em

¹⁸ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 158.

constante interação, e tenderiam a se mover rumo a alcançar um ponto de certa estabilidade¹⁹. Parsons, assim, construiu uma sociologia sistêmica com uma ideia geral de que as ações individuais somente adquirem sentido em relação ao sistema de que formam parte. Por isso, na sociedade, há uma limitação às ações humanas no sentido de que a ação estrutura-se consoante valores que são compartilhados pelos demais componentes da sociedade. Para Talcott Parsons, o sistema social é um sistema de relações diversas, mas rigorosamente combináveis: a sociedade seria uma ação, submetida a normas, que se funda em um sistema de valores e se exprime em um sistema de símbolos. E onde entraria o Direito na teoria de Parsons?

É bem verdade que o sociólogo norte-americano não prestou uma atenção maior e especial ao Direito. Como lembram autores do porte de um Ramón Soriano²⁰, não há, na obra de Parsons, nenhum estudo específico sobre o Direito²¹. Isso não significa, porém, que não lhe tenha dado valor como meio de integração e controle social. O Direito, então, na perspectiva parsoniana, seria uma das instituições que tem por função estabelecer e manter as solidariedades que uma sociedade pode exigir dos seus membros, da qual depende sua integração. Em Parsons, portanto, o Direito não é um sistema. É, sim, um subsistema do sistema normativo, comunitário, da comunidade societária. Corresponde a uma etapa evoluída e diferenciada do sistema normativo. O Direito, assim, é um instrumento geral de integração e controle social que atua difusamente em quase todos os âmbitos do sistema social, cumprindo a função integradora mediante a mitigação dos elementos potenciais do conflito e a lubrificação das máquinas das relações sociais. O Direito é um conjunto de modelos, normas e regras aplicados às ações, aos papéis das pessoas e às coletividades. Consiste em modelos normativos aos quais são aplicados vários tipos de sanção. Há uma relação entre o desenvolvimento do sistema jurídico e a complexidade funcional das sociedades. Logo, o Direito é próprio de sociedades complexas. Suas tarefas,

¹⁹ Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 190-191.

²⁰ SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011. p. 147.

²¹ Há, porém, escritos de Parsons sobre as profissões legais, com especial destaque para os advogados. Consulte-se, nesse sentido, PARSONS, Talcott. Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal. In: PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Versión castellana de Ruben Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967. p. 319-332.

que facilitam a eficácia das normas e a função de integração, são a legitimação, interpretação, repressão e jurisdição²².

O Poder Judiciário integra o subsistema de Direito que, por sua vez, dentro do quadro do sistema social, pertence ao subsistema normativo. O Poder Judiciário, então, não cria direito novo, não podendo desconsiderar a existência de outros sistemas, tais como o Político e o Econômico. Aliás, na linguagem da Cibernética – manancial teórico aonde Parsons beberá na fonte para dizer que as partes de um sistema não são igualmente ricas em *informação* e em *energia* –, o Direito sequer tem *energia* para tanto. É que, de acordo com a hierarquia cibernética apropriada por Parsons, o Direito, por exemplo, disporá de razoável informação, mas de pouca energia para efetivar, por si só, mudanças sociais, ao passo que a Economia, em que pese dispor de pouca informação, disporá de forte poder de condicionamento e, portanto, de muita energia, dada a sua função de adaptação, e não de integração, como é o caso do Direito. Veja-se: o sistema social está dentro de uma pluralidade de sistemas que podem ser chamados de subsistemas do sistema geral da ação²³. São, como já referido anteriormente, em número de quatro: sistema biológico, sistema psíquico, sistema social e sistema cultural. Os sistemas biológicos e da personalidade atuam no nível do indivíduo; os sistemas social e cultural, no da sociedade. Esses quatro sistemas apresentam-se em uma hierarquia de signo cibernético em função do controle que exercitam sobre a ação. Para Parsons, a hierarquia mais importante é a do controle cibernético²⁴. O grau de controle está em função direta da informação e indireta da energia liberada. O controle é maior quanto maior seja a informação e menor seja a energia desprendida. De cima para abaixo na hierarquia há, então: sistema cultural, sistema social, sistema psíquico ou da personalidade, e sistema biológico²⁵. A hierarquia cibernética, assim, na teoria de Parsons, torna-se um importante princípio de integração e, ao mesmo tempo, de mudança. Parsons inspira-se na teoria cibernética para dizer que o sistema de ação, como qualquer sistema ativo, é o centro de incessante circulação de energia e informação. São as permutas de energia e de informação entre as partes que provocam a ação do sistema. As partes de um sistema, como dito, não são igualmente ricas em

²² SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011. p. 147.

²³ *Ibidem*, p. 145-146.

²⁴ PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969. p. 176.

²⁵ SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011. p. 145.

informação e em energia. Algumas dispõem de mais energia; outras, de mais informação. As que possuem menos energia beneficiam-se de mais informação; as que possuem mais energia beneficiam-se de menos informação. É princípio fundamental da cibernética que são as partes mais ricas em informação que impõem controle sobre as mais ricas em energia. Então, em qualquer sistema de ação se instaura uma série de controles sucessivos e cumulativos que se organizam hierarquicamente. As partes mais ricas em energia situam-se na base da hierarquia, desempenhando o papel de fatores de condicionamento da ação. As mais ricas em informação situam-se no topo da hierarquia, desempenhando o papel de fatores de controle da ação²⁶. Assim, o sistema cultural, que contém o máximo de informação e, portanto, de poder de controle, desprendendo, porém, menor energia, controla o sistema social; este, por sua vez, contendo informação razoável, mas desprendendo pouca energia, controla a personalidade; e esta, então, com pouca informação e razoável energia, controla o organismo, que não dispõe de informação, mas tem muita energia e forte poder de condicionamento²⁷. Guy Rocher²⁸, didaticamente, apresenta o seguinte quadro demonstrando a hierarquia cibernética do sistema geral de ação:

Dimensões funcionais do sistema de ação	Subsistemas do sistema de ação	Relações cibernéticas
Latência	Sistema cultural	<p>Rico em energia (condições)</p> <p>Hierarquia dos fatores de condicionamento</p> <p>Hierarquia dos fatores de controle</p> <p>Rico em energia (condições)</p>
Integração	Sistema social	
Consecução dos objetivos	Sistema psíquico	
Adaptação	Sistema orgânico	

²⁶ ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a sociologia americana*. Trad. Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. p. 57.

²⁷ Ibidem, p. 58. Também: QUINTANEIRO, Tania; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Labirintos simétricos: introdução à teoria sociológica de Talcott Parsons*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 100.

²⁸ ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a sociologia americana*. Trad. Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. p. 58.

Dados os limites deste artigo, não serão explicadas aqui as dimensões de latência, consecução dos objetivos e adaptação, e, portanto, tampouco falar-se-á do famoso sistema AGIL²⁹, pelo que se passa à função que nos interessa em termos de Direito: a de integração do sistema. À integração do sistema de ação Talcott Parsons dá-se o nome de comunidade societária. Ela compreende o conjunto de instituições que tem por função estabelecer e manter as solidariedades que uma sociedade pode exigir entre seus membros. São as instituições que estabelecem os modos de coordenação necessários a um funcionamento social que não seja por demais caótico ou conflituoso. A comunidade societária é a sede dos controles sociais e também é um princípio de adesão e de coerção. A comunidade societária, na sua forma mais estruturada, é, pois, representada pelo Direito. O modelo analítico do sistema de ação, aplicado à sociedade global, implicaria, então, o seguinte quadro de hierarquia cibernética, consoante sugestão apresentada didaticamente por Rafael Bicca Machado³⁰, acrescentada, aqui, de pequenas alterações:

Dimensões funcionais do sistema de ação	Subsistemas do sistema de ação	Relações cibernéticas
Latência (L)	Sistema cultural	Muita informação, forte poder de controle e pouquíssima energia
Integração (I)	Comunidade societária	Informação razoável e pouca energia
Consecução dos objetivos (G)	Sistema político	Razoável energia e pouca informação
Adaptação (A)	Sistema econômico	Muita energia, forte poder de condicionamento, mas pouca informação

Decisões judiciais, portanto, produzidas no interior do subsistema da comunidade societária – ou seja, mais especificamente no subsistema de Direito, que dispõe de razoável *informação*, mas de pouca *energia* –, que desconsideram as competências e responsabilidades dos entes federativos e/ou fornecem medicamentos ou procedimentos terapêuticos de valores excessivos, além de

²⁹ O sistema para atender a pressão do ambiente desenvolve quatro funções, descritas no sistema AGIL: a) L – função de estabilização normativa (visa assegurar o conhecimento e a aceitação dos valores do sistema); b) I – função de integração (consiste em unir e coordenar os indivíduos e as partes do sistema); c) G – função de prossecução de objetivos (visa definir e conseguir os fins para o sistema como um todo); e d) A – função de adaptação (diz respeito aos meios de que se deve valer o sistema para conseguir seus objetivos).

³⁰ MACHADO, Rafael Bicca. Luzes parsonianas sobre o debate da função do direito nas sociedades contemporâneas. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/25338-25340-1-PB.pdf>>.

não criar dinheiro, resolvem problemas individuais, deixando de resguardar a coletividade e o próprio sistema de saúde. Tais decisões são arbitrárias, uma vez que o Poder Judiciário passa a se arvorar em *dono do cofre*, passando, então, a definir escolhas e metas, o que não lhe cabe, mas, sim, aos demais poderes instituídos. Nos casos de judicialização da saúde, o Poder Judiciário sequer tem informação suficiente para fazê-lo, pois não detém conhecimento técnico sobre a matéria. Decisões judiciais em termos de direito à saúde têm *bagunçado* o sistema administrativo montado para atender às demandas por saúde. É a Administração que tem de planejar e comprometer a eficiência administrativa no atendimento dos cidadãos, e não o Judiciário. Gestão de recursos públicos incumbe à política pública e social, que é orientada pela economia no sentido da avaliação de custos e benefícios, não podendo os juízes disputar com a Administração Pública a eleição no sentido de escolher as melhores políticas públicas.

1.3.1 Das normas e dos atos normativos, e da possibilidade de superação dos precedentes do STF e STJ no que diz com a solidariedade dos entes federados

A Constituição de 1988, como se sabe, criou o Sistema Único de Saúde (SUS). Em seu art. 196, estabeleceu que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A partir de 1988, portanto, todos os brasileiros passaram a ser titulares do direito à saúde, havendo, então, uma distribuição constitucional de competências a esse respeito.

A distribuição constitucional de competências com relação ao direito à saúde divide-se, assim, em dois âmbitos: o federativo (entendido como a possibilidade de formular leis) e o administrativo (entendido como a possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde). Quanto ao aspecto federativo, a Constituição distribuiu, concorrentemente, a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, inciso XII) da seguinte forma: a) à União compete estabelecer normas gerais, forte no art. 24, § 1º; b) aos Estados cabe suplementar a legislação federal, nos termos do § 2º do art. 24; e c) aos Municípios cabe legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo, no que couber, suplementar as legislações federal e estadual, conforme o art. 30, incisos I e II. Quanto ao aspecto administrativo, a Constituição atribuiu

competência comum para *cuidar da saúde* (art. 23, inciso II) aos entes federativos, de modo que todos estes podem formular e executar políticas de saúde.

O que se deve ter em mente – e o que, inclusive, quaisquer intérpretes de textos legais não podem se furtar de reconhecer – é que a atribuição de competência comum, por si só, não pode querer significar que há superposição entre a atuação dos entes federativos. Isso porque essa competência não é, e sequer poderia ser, irrestrita, como se todos os entes pudessem responder, na mesma medida e com a mesma força, por todas as questões relativas à saúde.

Em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080, que estabeleceu a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento, o que, posteriormente, foi regulamentado pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Entre tantas outras disposições, tal lei dispõe, em seu art. 6º, inciso VI, que uma das principais atribuições do SUS é “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”. Entre os princípios estabelecidos pela referida lei, cumpre destacar a universalidade (garantia do acesso às ações e aos serviços de saúde disponíveis a todas as pessoas), a subsidiariedade e a municipalização, que atribui aos Municípios, prioritariamente, a responsabilidade pela execução das políticas de saúde em geral e, em particular, a responsabilidade pela distribuição de medicamentos (conforme art. 7º, incisos I e IX, da Lei nº 8.080/1990).

A Lei nº 8.080/1990 ainda procurou definir, quanto à matéria em discussão, o que caberia a cada um dos entes federativos. Para tanto, repartiu as atribuições entre as direções do SUS, cabendo: a) à direção nacional, ou seja, à União, a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, inciso XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, inciso XV); b) à direção estadual, a competência de, entre outras, “promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde”, bem como “prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde” (art. 17, incisos I e III); e c) à direção municipal, a competência de “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde” (art. 18, inciso I).

Se é assim, então a quem incumbe a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos?

No que diz com a distribuição de medicamentos, a Constituição e a lei não explicitam as responsabilidades da União, dos Estados e dos Municípios. Há critérios para a repartição de responsabilidades, cuja definição é esboçada em vários atos administrativos federais, estaduais e municipais. O principal desses atos é a Portaria n° 3.916/1998, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos. Os diferentes níveis federativos, assim, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população. O que cabe, então, a cada um? Pois bem. Segundo Luís Roberto Barroso³¹, em estudo realizado já há algum tempo, antes de ser nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao gestor federal caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve auxílio aos gestores estaduais e municipais, e a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename); ao gestor estadual caberá definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, que poderá elaborar Relação Estadual de Medicamentos (Resme). E, por fim, ao Município cabe definir a sua Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (Remume), com base na Rename, e executar a assistência farmacêutica. Assim, quanto à questão específica dos medicamentos, faz-se necessário discorrer, então, sobre a Portaria n° 1.897, de 26 de julho de 2017, que estabeleceu a Rename 2017³². Os seus componentes foram divididos em cinco anexos, cujas responsabilidades foram repartidas da seguinte forma:

Anexo I – Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF)

O financiamento do Componente Básico da Assistência Farmacêutica é responsabilidade dos três entes federados, sendo o repasse financeiro regulamentado pela Portaria GM/MS n° 1.555, de 30 de julho de 2013, consoante a Rename 2017. A responsabilidade pela aquisição e pelo fornecimento dos itens à população fica a cargo do ente municipal, ressalvadas as variações de

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>.

³² E que pode ser facilmente encontrada no sítio eletrônico do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

organização pactuadas por Estados e regiões de saúde. O Ministério da Saúde (União) é responsável pela aquisição e distribuição dos medicamentos insulina humana NPH, insulina humana regular e daqueles que compõem o Programa Saúde da Mulher: contraceptivos orais e injetáveis, dispositivo intrauterino (DIU) e diafragma.

Anexo II - Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (Cesaf)

O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (Cesaf) destina-se à garantia do acesso a medicamentos (Anexo II) e insumos (Anexo IV) para controle de doenças e agravos específicos com potencial impacto endêmico, muitas vezes relacionadas a situações de vulnerabilidade social e pobreza. O financiamento desse componente é destinado à aquisição de medicamentos e insumos relacionados em programas estratégicos de saúde do SUS, para o atendimento de pessoas acometidas por tuberculose, hanseníase, malária, leishmanioses, doença de Chagas, cólera, esquistossomose, filariose, meningite, tracoma, micoses sistêmicas, bem como outras doenças decorrentes e perpetuadoras da pobreza. Também são garantidos antivirais para o combate à influenza, antirretrovirais para tratamento de pessoas vivendo com HIV/Aids, hemoderivados e pró-coagulantes para pessoas com doenças hematológicas, vacinas, soros e imunoglobulinas, além de medicamentos e insumos destinados ao combate do tabagismo e ao programa de alimentação e nutrição. O Ministério da Saúde (União) adquire e distribui esses itens aos Estados e ao Distrito Federal, cabendo a esses o recebimento, o armazenamento e a distribuição aos Municípios.

Anexo III - Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf)

A Portaria GM/MS nº 1.554, de 30 de julho de 2013, que dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS – e que revogou a Portaria nº 2.981, de 26 de novembro de 2009, que, por sua vez, revogou a Portaria nº 2.577, de 27 de outubro de 2006, renomeando o antigo *Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional* –, estabelece o seguinte:

Art. 2º O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é uma estratégia de acesso a medicamentos

no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

Parágrafo único. O acesso aos medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas no âmbito do Componente de que trata o *caput* será garantido mediante a pactuação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, *conforme as diferentes responsabilidades definidas nesta Portaria*.

Ademais, os medicamentos contemplados neste Componente são divididos em três grupos, cada qual com suas características, responsabilidades e formas de organização próprias, nos termos do art. 3º da Portaria nº 1.554/2013:

Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em *três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas*:

I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:

a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas

no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; (Alterado pela PRT nº 1996/GM/MS de 11.09.2013)

II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Assim, como o regulamento divide em *grupos* os medicamentos do seu componente, há distinção entre eles. Tais grupos, portanto, dependem de certos critérios de definição. Esses critérios estão dispostos no art. 4º da referida Portaria e são os seguintes: I) complexidade do tratamento da doença; II) garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; e III) manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS. Nesse sentido mencionam-se os seguintes dispositivos:

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

I - maior complexidade do tratamento da doença;

II - refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento;

III - medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

IV - medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.

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

I - menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1; e

II - refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento.

Art. 7º O Grupo 3 é definido de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Mas, afinal de contas, onde estão localizados os medicamentos desses três grupos?

Ora, quando da criação da Portaria nº 1.554/2013, foram elaborados, conjuntamente, três Anexos³³ que continham todos os medicamentos do componente especializado àquela época, devidamente separados nos três grupos. Ademais, os medicamentos dos Grupos 1 e 2 constituem o Anexo III e os medicamentos do Grupo 3, por sua vez, compõem parte do Anexo I, ambos da *Rename* vigente. Nesse sentido, faz-se referência ao art. 8º da referida Portaria:

Art. 8º O elenco de medicamentos de que trata o art. 3º está descrito nos Anexos I, II e III.

§ 1º Os medicamentos dos Grupos 1 e 2 constituem o Anexo III da *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename)* vigente.

§ 2º Os medicamentos do Grupo 3 compõem parte do Anexo I da *Rename* vigente.

³³ Esses Anexos (I ao III) estão disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, podendo ser facilmente encontrados por meio de pesquisa pelas keywords "ministério da saúde ceaf". Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11635&Itemid=702>. Acesso em: 17 set. 2017.

Quanto à responsabilidade, então, é cristalino que: a) os medicamentos do Grupo 1 são financiados pelo Ministério da Saúde (União), sendo Grupo 1A: medicamentos financiados e adquiridos pelo Ministério da Saúde (União) e Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde e adquiridos pelas Secretarias de Saúde dos Estados; b) os medicamentos do Grupo 2 são financiados e adquiridos pelas Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal; c) os medicamentos do Grupo 3 são de responsabilidade das Secretarias Municipais de Saúde, no âmbito do Componente Básico da Assistência Farmacêutica. Nesse sentido, mencionam-se alguns dispositivos da Portaria nº 1.554/2013 (grifo nosso):

Art. 54. A responsabilidade pela programação, armazenamento e distribuição dos medicamentos dos Grupos 1A e 1B é das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, sendo a responsabilidade pela aquisição dos medicamentos do *Grupo 1A do Ministério da Saúde* e dos medicamentos do *Grupo 1B das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal*. (Alterado pela PRT nº 1996/GM/MS de 11.09.2013)

Art.55. A responsabilidade pela programação, aquisição, armazenamento e distribuição dos medicamentos do *Grupo 2 é de responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal*. (Alterado pela PRT nº 1996/GM/MS de 11.09.2013)

Art. 56. *A responsabilidade pela programação, aquisição, armazenamento e distribuição dos medicamentos do Grupo 3 é das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios* e está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o *Componente Básico* da Assistência Farmacêutica.

Anexo IV – Insumos

De acordo com a Portaria nº 1.897 (Rename 2017), os itens desta relação compõem *produtos para a saúde* que integram os componentes *Básico* e *Estratégico* da Assistência Farmacêutica. Ou seja, os insumos fazem parte dos Anexos I e II da Rename, podendo a distinção sobre a qual componente (básico ou estratégico) cada insumo pertence ser feita por meio de consulta ao campo *Componente* das

Seções B e C da Rename 2017. Quanto à responsabilidade, então, é cristalino que os insumos identificados como pertencentes ao componente básico são de responsabilidade das Secretarias Municipais de Saúde e os insumos identificados como pertencentes ao componente estratégico são de responsabilidade do Ministério da Saúde (União).

Anexo V - Medicamentos Hospitalares

Os medicamentos de uso hospitalar, por sua vez, estão contemplados nos procedimentos hospitalares discriminados no Sigtap. Esses procedimentos são financiados pelo bloco da Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar. Entre os procedimentos, há alguns cujo título é o próprio nome do medicamento. Assim, a distribuição de responsabilidades entre os entes federativos no que diz com medicamentos, nesse momento, a título meramente ilustrativo, é a seguinte:

Entes da Federação	Medicamentos e Insumos - Responsabilidades
Municípios	1) medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF), exceto os medicamentos insulina humana NPH, insulina humana regular e aqueles que compõem o Programa Saúde da Mulher: contraceptivos orais e injetáveis, dispositivo intrauterino (DIU) e diafragma, conforme Rename 2017; 2) medicamentos constantes do Grupo 3 dos Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf); e 3) insumos pertencentes ao componente básico.
Distrito Federal	1) medicamentos constantes do Grupo 1B dos Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf); 2) medicamentos constantes do Grupo 2 dos Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf); e 3) medicamentos constantes do Grupo 3 dos Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf).
Estados	1) medicamentos constantes dos Grupos 1A e 1B dos Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf); e 2) medicamentos constantes do Grupo 2 dos Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf).
União	1) apenas os itens do Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF) constantes nos medicamentos insulina humana NPH, insulina humana regular e aqueles que compõem o Programa Saúde da Mulher: contraceptivos orais e injetáveis, dispositivo intrauterino (DIU) e diafragma; 2) medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (Cesaf); 3) medicamentos constantes dos Grupos 1A e 1B dos Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf); e 4) insumos pertencentes ao componente estratégico.

No caso específico do Município de Santa Rosa/RS, por exemplo, cujas demandas extrajudiciais por medicamentos e procedimentos são destinadas à Fundação Municipal de Saúde de Santa Rosa (Fumssar), foi criada, em 2017, uma Remume³⁴.

Como, então, ocorre a divisão de responsabilidades dos entes em relação aos procedimentos?

Via de regra, a divisão de responsabilidades dos entes federativos em relação aos procedimentos, se é que se pode realmente falar em uma divisão, é feita de acordo com o nível de complexidade do procedimento. No caso do Rio Grande do Sul, em função do *Pacto pela Saúde 2006* (Portaria nº 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006), foi criada a Programação Pactuada e Integrada da Assistência à Saúde (PPI 2007), sendo delimitado que os procedimentos de baixa e média complexidade são de responsabilidade dos Municípios e os de alta complexidade do Estado. Claro que isso é quase um modelo feito de forma *genérica* e não constitui uma *verdade absoluta*, uma vez que a questão da legitimidade deve ser analisada caso a caso, podendo variar de região a região em razão das pactuações feitas pelos entes. Esse *esquema*, aliás, não revela o real problema que demandas judiciais, em que se discute, por exemplo, a concessão de determinado procedimento cirúrgico, acabam por enfrentar. O problema, na verdade, é instrutório, está na má instrução do feito.

As partes, não raro, consultam médico particular que, de pronto, indica a realização de um procedimento. A parte, então, em razão de não possuir condições financeiras de arcar com o dito procedimento, ajuíza demanda judicial contra o Estado. E isso sequer sem ter encaminhado administrativamente - no SUS - o devido procedimento. Ou seja, pretende que o SUS realize um procedimento indicado por médico que não possui com ele relação alguma, um médico que não conhece a organização administrativa desse sistema. Nesses casos, a questão, portanto, é de interesse de agir.

É que a parte deve, inicialmente, encaminhar a solicitação administrativa no posto de saúde do seu Município (na Fumssar, no caso específico de Santa Rosa/RS), para que esse, então, possa encaminhar o pedido nas vias adequadas, que, então, dirão qual é o procedimento a ser realizado e quando será realizado. No final das contas, o efeito de uma decisão judicial é fazer a parte beneficiada

³⁴ Disponível em: <<http://www.fumssar.com.br/wp-content/uploads/2017/08/REMUME-2017-2018.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2017.

furar a fila de espera do SUS, na qual há pessoas esperando atendimento há muito mais tempo e, às vezes, com mais urgência.

O que se deve tirar disso tudo é que, antes de mais nada, nos casos de realização de algum procedimento terapêutico, o mais importante é consultar a via administrativa, pois é nela que todas as informações pertinentes serão repassadas, inclusive a quem recorrer judicialmente no caso de eventual omissão, por exemplo.

Os Poderes Legislativo e Executivo, como se pode ver, do ponto de vista normativo, no âmbito de alguns Municípios, não se têm feito de omissos no que diz com o fornecimento de medicamentos à população. As listas definidas pelos Municípios e pelo Estado veiculam as opções do Poder Público com relação à matéria, considerando, logicamente, as possibilidades financeiras de cada um. Então, não havendo omissão, o Judiciário não cumpre aqui função alguma.

Em suma, a organização da saúde, no Brasil, é a seguinte: a Constituição da República de 1988, em seu art. 196, determina que o direito à saúde deve (*poder-dever* do Estado) ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem, além da redução do risco de doença, o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Tais ações e serviços, por sua vez, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, no caso, o SUS (art. 198). Esse sistema único é legislado pela Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde), cuja regulamentação é dada pelo Decreto nº 7.508/2011, que, além de dar outras providências, dispõe sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa. Em seus arts. 21, 22, 25 e 26, principalmente, o Decreto nº 7.508/2011 dispõe, ainda, sobre as listas oficiais do SUS – Renases e Rename –, cujas diretrizes são pactuadas nas Comissões Intergestores Tripartite (CIT), ora reconhecidas como *foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS)*, nos termos do art. 14-A da Lei nº 8.080/1990, que foi incluído pela Lei nº 12.466/2011.

Tendo em vista essa organização legislativa e executiva, passa-se, então, a discorrer, brevemente, acerca dos Regulamentos como espécie normativa e da sua importância nesse sentido.

Entre as atribuições atípicas do Poder Executivo está a de expedição de regulamentos, que decorre do seu poder regulamentar. A finalidade da competência regulamentar é de garantir, mediante a produção de normas

(regulamentos), a executividade das leis. Tais regulamentos, portanto, são aplicados, necessariamente, àquelas leis não autoaplicáveis, não autoexecutáveis, ou seja, leis não bastantes em si que dependem de uma explicitação executiva. Importante ressaltar que o poder regulamentar não é uma faculdade e que também não pode obstar a função legislativa. Se o Executivo não editar o regulamento, não poderá executar a lei. O regulamento, no mais, só é cabível onde houver espaço para a atuação administrativa, não servindo como mera repetição do texto legal e não podendo ir além da lei, sob pena de nulidade.

Logo, considerando que o Poder Executivo expediu, além de vários outros atos normativos, o Decreto nº 7.508/2011, que dispôs sobre toda uma organização voltada às ações e aos serviços públicos de saúde, e, em especial, acerca da criação e manutenção das listas oficiais do SUS (Rename e Renases), sendo válido e estando vigente no Direito brasileiro, há que se questionar: a) Se o comando do art. 196 da CRFB/1988 constitui *lei bastante em si*, por que se faz necessária, então, a criação de todos esses regulamentos por parte do Poder Executivo a fim de distribuir as responsabilidades de cada ente? E mais: b) Como o regulamento não é uma faculdade, a sua mera existência não serviria como prova de que a saúde, em relação à divisão de responsabilidades, não é norma autoaplicável, autoexecutável, de modo que, na ausência de regulamentação, o direito à saúde do art. 196 não poderia ser executado de forma eficiente? c) Para que, afinal de contas, criar tantos *atos normativos* se o direito a saúde é *norma autoaplicável, de eficácia plena e aplicação imediata, não dependente de regulamentação*, como defendido por vários, senão por todos os defensores da dita solidariedade?

Aliás, é curioso que, quando invocam a solidariedade dos entes da Federação, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal impreterivelmente desconsideram as listas oficiais do SUS – que são elaboradas em observância às diretrizes pactuadas pelas CIT –, as Portarias do Ministério da Saúde, as regulamentações, enfim, a própria distribuição de atribuições realizada pelo Poder Executivo, em plena e necessária utilização de seu poder normativo, para determinar judicialmente que os entes federativos se responsabilizem solidariamente por toda e qualquer atribuição atinente ao direito à saúde. A contradição, porém, está no fato de que, no caso de fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS por meio de atos normativos (aqui entendidos como todos os regulamentos resultantes do poder normativo), passam, então, os referidos Tribunais a utilizar os ditos atos normativos como referência aos medicamentos que podem, ou não, ser fornecidos pelo Poder Público, conforme

Tema nº 106 do STJ³⁵! Isso porque concedem o fármaco pleiteado tão somente se o medicamento ofertado pelo SUS – que, por decorrência lógica, foi incorporado por meio de atos normativos – for ineficaz, quando “as instâncias ordinárias verificam a necessidade do tratamento prescrito” (AgRg-AREsp 697.696/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 26.06.2015). Com a devida vênia, não há como ver logicidade e coerência argumentativa nesse aspecto.

E aqui, como se vê, estão alguns dos argumentos que permitem fazer a adequada superação (*overruling*) de precedentes com relação ao que vem sendo decidido pelos Tribunais Superiores.

Então, afinal de contas, quando deve o Poder Judiciário intervir e o que ele deve respeitar?

De regra, segundo Luís Roberto Barroso³⁶, o Poder Judiciário deve respeitar as opções legislativas e administrativas formuladas com relação à matéria pelos órgãos institucionais competentes. O Judiciário, no entanto, deve intervir nos seguintes casos: a) onde e quando não há lei ou ação administrativa implementando a Constituição; b) quando há lei e atos administrativos que não são devidamente cumpridos. Quando, porém, há lei e atos administrativos implementando a Constituição, e esses estatutos vêm sendo regularmente aplicados, o Judiciário não deve intervir ou, se intervir, deve fazê-lo com o devido respeito às competências e responsabilidades. É que, nesses casos, a intervenção judicial leva à ruína a organização sistêmica, desarrumando o sistema de governo, da Administração Pública, e impedindo possa o Poder Judiciário, como integrante do sistema normativo, subsistema da sociedade que é, cumprir a função de integração social que a este, ao sistema de direito, é inerente, levando, então, ao desarranjo social.

O Direito não é revolucionário! Dito de outro modo, o esquema do modelo normativo pressupõe limites para o sistema de Direito. E esses limites para a ordem normativa impossibilitam ao sistema jurídico inibir as efetividades

³⁵ Que, quando do julgamento da QO-ProAfr-REsp 1.657.156, passou a ter a seguinte redação: “Obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde”.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>.

práticas da moral, da política e da economia. Não é possível, assim, a criação, pelo Poder Judiciário, integrante do sistema de Direito, de um *direito novo* sem levar em consideração que, para cada subsistema, os demais constituem o seu ambiente. Cada subsistema, portanto, encontra-se em relação de interação e troca com os demais subsistemas. Daí por que o sistema jurídico (ou subsistema jurídico) não pode ser interpretado isolado dos subsistemas cultural, político e econômico. E aí é que está o problema que afeta, em especial, o direito à saúde no Brasil.

1.3.2 Apesar de, em alguns casos, promover o direito individual à saúde, o sistema de Direito tem cumprido alguma função do ponto de vista social?

Em que pese não se poder interpretar o sistema jurídico apartado dos demais sistemas, é justamente essa interpretação inadequada que tem ocorrido no Brasil no caso da dispensação via judicial de medicamentos ou procedimentos terapêuticos à população, seja no que diz com o alto custo de determinados medicamentos, seja no que diz com a não observância das devidas responsabilidades dos entes da Federação. Ora, a Economia, na sua função de adaptação, condiciona o sistema político e o sistema do Direito (este, inserido na comunidade societária). É que a comunidade societária, onde se insere o sistema de direito, e a Política não têm *energia* suficiente, como já referido, para conseguirem produzir alterações no ambiente físico. Se uma decisão judicial, portanto, reconhece – como, aliás, as decisões judiciais vêm reconhecendo – essa discutível solidariedade entre os entes estatais e vem a determinar que o Município ou o Estado arquem com medicamentos ou procedimentos terapêuticos cujo custo é excessivo e/ou que fogem à sua competência, à sua alçada, ao modo como são distribuídos os recursos financeiros e como é estabelecido o sistema de saúde em rede, tal decisão não terá o condão de *criar* dinheiro, vindo a ser ineficaz no sentido de resguardar o próprio sistema de saúde, na medida em que resolverá um problema individual às custas da universalidade. Noutras palavras, perde-se o *ponto de equilíbrio*.

Portanto, sem que seja entendida essa relação entre os subsistemas e seus ambientes (os demais subsistemas), o Direito deixa de funcionar como elemento de integração e, pior, também não passa a exercer qualquer função social relevante, transformadora, porque, como dito, não dispõe de energia para isso, como se pode concluir do esquema de hierarquia cibernética de Talcott Parsons. Some-se a tudo o fato de que decisões da espécie acabam por ser arbitrárias

porque indevidamente terminam por fazer com que o Poder Judiciário *coloque a mão* nos cofres públicos, passando os Tribunais, então, a definir e regular as metas a serem perseguidas pela sociedade, competência que não é sua, mas do sistema político. E isso, ao cabo de tudo, significa violar a diferenciação sistêmico-funcional, evolução que é tão cara à sociedade e que possibilita a separação dos elementos da estrutura normativa geral dos da sua aplicação. Ao Direito não cabe alterar a sociedade dessa forma. Ele pode influenciar os demais subsistemas, mas não cumprirá sua função de integração social desrespeitando competências e as funções dos demais subsistemas. Juízes e Tribunais, por sua vez, não agem em nome da comunidade societária. Deve-se lembrar, ainda, que o dinheiro, a moeda, como mecanismos generalizados de intercâmbio societário, são os que menos estão ligados à ordem normativa³⁷. A moeda liga-se à economia; o poder, à política; os compromissos de valor, à socialização; e a influência, à comunidade societária³⁸, da qual o Direito faz parte.

A discussão elaborada por Talcott Parsons sobre a ordem normativa, sobre o Direito, e sua relação com o governo, aplica-se a qualquer sistema social, embora a relação entre governo e comunidade societária tenha importância básica. Para Parsons – e aqui a inspiração vem de Max Weber –, uma fonte dessa importância é que, de modo geral,

apenas o governo tem autorização para usar a força física socialmente organizada como um instrumento de coerção. Na realidade, um monopólio efetivo de força é um critério básico de integração numa sociedade muito diferenciada. Além disso, nos contextos de realização de objetivo coletivo, apenas o governo pode agir em nome da comunidade comunitária como um todo. Qualquer outra agência que suponha fazer isso, comete, *ipso facto*, um ato revolucionário.³⁹

Em conclusão, quando uma agência como o Poder Judiciário age em nome da comunidade societária, violando a diferenciação funcional, está praticando

³⁷ PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 30.

³⁸ Consulte-se: QUINTANEIRO, Tania; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Labirintos simétricos*: introdução à teoria sociológica de Talcott Parsons. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17.

³⁹ PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 32-33.

ato que desborda da sua competência. E isso nada mais é do que ativismo judicial. O Direito, salvo raríssimas exceções, não pode provocar alterações no ambiente físico, pois, de acordo com o modelo cibernético utilizado por Talcott Parsons, como dito, não tem energia suficiente para isso. E, no caso da judicialização da saúde, sequer tem informação suficiente, uma vez que não detém conhecimento técnico sobre a matéria! Ou seja, noutras palavras, o Poder Judiciário, que é a instância representativa do subsistema normativo, fica, na hierarquia cibernética, em um *meio-termo*, podendo tão somente velar pela solidariedade social, pela integração social, zelando pelo cumprimento dos procedimentos e pelos direitos fundamentais, mas sempre respeitando competências e a natureza das coisas.

1.4 RACIONALIZANDO A ATUAÇÃO JUDICIAL NOS CASOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Resta, então, perguntar o seguinte: Como racionalizar a atuação judicial no âmbito da judicialização da saúde, em especial no que diz com o fornecimento de medicamentos?

Pois bem.

Segundo a sugestão de Luís Roberto Barroso, no âmbito das ações individuais, o Judiciário deve cuidar tão somente de efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. O art. 196 da Constituição da República associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborar as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e no emprego dos medicamentos. Isso leva em conta a advertência de Jorge Reis Novais⁴⁰, também defendida por Luís Roberto Barroso, no sentido de que os recursos necessários ao custeio dos medicamentos, como de tudo o mais, são obtidos via cobrança de tributos. É o povo, então, que paga os tributos, que

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 54-59.

deve decidir, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento.

Os recursos públicos, é certo, são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais. Nesse sentido, cabe ao Estado tomar as decisões mais difíceis e complexas, como, por exemplo, investir recursos em determinado setor, deixando de investi-los em outro. Uma decisão judicial que determina aos entes subnacionais (Municípios e Estados) o fornecimento de medicamento não constante das listas enfrenta toda a gama de argumentos jurídicos, políticos, econômicos, enfim, práticos que lhe são opostos, já alinhavados anteriormente. Uma decisão judicial que deixa de encaminhar o cidadão à esfera judicial competente, como ocorre nos casos em que a competência para o fornecimento do medicamento é da União, e não dos Estados, compromete a Administração Pública desses Estados, as suas finanças, o seu orçamento, as suas receitas. Uma decisão judicial que fornece medicamento que não consta na lista desconsidera as políticas públicas definidas pelo Executivo e desorganiza a atuação administrativa, comprometendo mais e mais a política sanitária. Uma decisão judicial que fornece medicamento que não consta em lista fere a independência entre os poderes e não atende a critérios técnico-científicos. Se os órgãos governamentais, portanto, já estabeleceram as políticas públicas de saúde, com base em estudos técnicos, delimitando os medicamentos para fornecimento gratuito, não pode o Judiciário intervir. Isso não significa, porém, que as próprias listas não possam ser discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada pelo ente federativo para, se for o caso, determinar a inclusão de algum medicamento. Mas essa revisão só pode ser feita no âmbito de uma ação coletiva, *v.g.*, a ação civil pública. É na via da ação coletiva que se examinará o contexto geral das políticas públicas discutidas. É nessa via que o Ministério Público e as associações, por exemplo, poderão trazer elementos aos autos para a discussão. É nas ações coletivas que o Judiciário poderá dar uma decisão com efeitos *erga omnes*, preservando igualdade e universalidade no atendimento da população. Na via coletiva, a atuação judicial não desorganiza a atuação administrativa, não provoca desperdício de recursos públicos. E fica permitido o planejamento da atuação estatal. Políticas públicas governamentais tendem a ser mais eficientes do que as concedidas casuisticamente pelo Poder Judiciário. Em situações excepcionais de correção do processo democrático, há o caminho das ações coletivas para garantir direitos sociais. São elas as vias apropriadas para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como

devem ser entendidos os direitos sociais. Direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade. Não há justificativa para que o Direito dê tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma posição. E isso em razão do princípio da isonomia. A demanda individual pode ser o pior e mais injusto caminho para a implementação de um direito social⁴¹.

Com relação, então, à legitimidade passiva nas demandas que versam sobre fornecimento de medicamentos, quem deve figurar no polo passivo da ação judicial é aquele ente responsável pela lista onde consta o medicamento requerido. Como pontua Barroso, apesar das listas formuladas por cada ente da Federação, o Judiciário vem entendendo possível a responsabilização solidária dos entes, considerando a competência que é comum. Tal entendimento, porém, como já dito anteriormente, não contribui para organizar o sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos, que, sabe-se, já é bastante complicado. Portanto, havendo decisão política de determinado ente no sentido de incluir medicamento em sua lista, é esse ente que deverá ocupar o polo passivo da demanda. É que, por meio da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

Para a definição do polo passivo, portanto, basta a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista. Não há por que defender a dita solidariedade entre os entes federativos, simplesmente porque essa solidariedade fica impossibilitada! A judicialização do direito à saúde – e aqui se utilizam as palavras de Denise Oliveira Cezar – tem, portanto, denotado um *disparate*, pois o Poder Judiciário estaria se substituindo ao administrador. Essa substituição, diz Denise, é indicada como atuação desorganizadora do sistema de saúde e das finanças públicas. E, no que tange ao modelo de solidariedade entre os entes, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, tal reconhecimento conduz a perplexidades, diante da divisão interna de competências entre os três níveis da Federação, criando dificuldades para os pequenos Municípios, por exemplo, quando em causa prestações de grande vulto⁴². Ora, o Poder

⁴¹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62.

⁴² CEZAR, Denise Oliveira. Origens da judicialização da saúde na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – 1990/2010. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo*

Judiciário tem de respeitar competências. Essas competências não são por ele organizadas e tampouco pela Constituição definidas, mas pelo Governo, que tem mais informação que os juízes e Tribunais, integrantes que são do sistema jurídico, nos moldes da hierarquia cibernética proposta por Talcott Parsons. O desrespeito pelo sistema judiciário às competências, às listas, ao adequado direcionamento das demandas, rompe a integração do sistema social. Trata-se aqui do *aspecto negativo*⁴³ da integração de que trata Parsons ao dar o exemplo do engarrafamento no trânsito. A judicialização da saúde e o desrespeito às listas levam a um engarrafamento, que é o engarrafamento do sistema de Direito. O Direito, representado pelo Poder Judiciário, deve ter em mira a integração no aspecto positivo, como apoio e facilitação mútua entre as unidades do sistema social, mirado sob a ótica do funcionamento do sistema como um todo, parafraseando Parsons⁴⁴. Quando Parsons refere ter a sociedade preferência sobre o indivíduo, isso não significa que não se deva levá-lo em consideração, que não deva o Judiciário proteger o seu direito fundamental individual. Significa tão somente que isso não pode ser feito às custas do equilíbrio do sistema social, da sobrevivência da sociedade e dos objetivos coletivos traçados pelo subsistema da política. O Poder Judiciário não tem atribuição jurídico-constitucional para criar política pública. Tem, porém, para determinar o cumprimento da política existente e controlar a juridicidade da sua execução⁴⁵. O Poder Judiciário – e aqui

sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. Coleção Direito e Transformação Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 91-103.

⁴³ A integração, segundo Parsons, tem um aspecto negativo e um aspecto positivo. O aspecto negativo está relacionado com a prevenção ou minimização da ação, que romperia a integração do sistema pela destruição mútua ou pelo bloqueio. É que, no eixo da integração, as consequências das ações não dependem – e isso em um grau acentuado – das intenções das unidades participantes. Nesse sentido, o engarrafamento do tráfego constitui o clássico exemplo. Raramente um grupo de motoristas tem a intenção de provocar um engarrafamento. As consequências, porém, de muitas tentativas de utilização do mesmo sistema de estradas ao mesmo tempo, ausente um controle adequado de tráfego, são as de criar um engarrafamento em tais condições. A integração no aspecto positivo, por sua vez, é o fenômeno do apoio e da facilitação mútua entre as unidades do sistema social, visto sob a ótica do funcionamento do sistema como um todo. O fenômeno típico da cooperação na realização de uma tarefa do grupo é um caso pertinente (PARSONS, Talcott. Uma visão geral. In: PARSONS, Talcott (Org.). *A sociologia americana: perspectivas, problemas, métodos*. Trad. Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1970. p. 370).

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵ Cf. CEZAR, Denise Oliveira. Origens da judicialização da saúde na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – 1990/2010. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Coleção Direito e Transformação Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 91-103.

a expressão é de Luciano Benetti Timm⁴⁶ – está *preso* a um processo judicial. Juízes não podem fazer planejamento, o que deve ser a base das políticas públicas. Um planejamento sério possibilita visualizar objetivos, prever comportamentos, definir metas. Somente um planejamento envolvendo profissionais da área da administração, economia e contabilidade pode permitir eficiência no emprego de recursos públicos, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente da tributação. Decisões judiciais, por sua vez, geram *efeitos de segunda ordem, externalidades* (na linguagem econômica), que podem ser positivas ou negativas, afetando as expectativas dos agentes privados. Então, o problema da efetivação do direito à saúde não se dá, por exemplo, pelo melhor argumento, mas por uma cuidadosa análise do custo-benefício de cada gasto, de cada política pública alternativa. E isso é feito por economistas, médicos e gestores. São eles que podem indicar o melhor caminho. E, claro, infelizmente, há que se aceitar o fato de que nem tudo estará protegido. Tomada a decisão, ela deve valer para todos, impessoalmente. O direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível *x* de atendimento, ainda que limitado. Não significa, porém, o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do posto de saúde⁴⁷.

Nesse sentido, Benetti Timm conclui que

a melhor forma do Estado cumprir este seu papel é via criação de políticas públicas sociais e assistenciais dentro das orientações das melhores práticas administrativas e econômicas a fim de dotar o gasto de maior eficiência (ou seja, evitando o desperdício), atingindo um maior número de pessoas necessitadas". E isso, conseqüentemente, implicaria aceitar que nem todas as necessidades sociais serão supridas e que nem todas as injustiças serão resolvidas pelo ordenamento jurídico e pelos Tribunais.⁴⁸

⁴⁶ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62.

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 62.

CONCLUSÃO

Tudo visto, como, então, deve o julgador proceder?

O primeiro passo a ser tomado é verificar se a parte autora da ação visando ao fornecimento de medicamento ou procedimento terapêutico buscou o ente público competente. Não tendo sequer pleiteado administrativamente o medicamento ou procedimento terapêutico, não há interesse de agir, não devendo ser processado o pedido.

O segundo passo é, superado o primeiro pela constatação de interesse de agir presente, identificar qual é a situação dos autos. Há, por evidente, diferentes situações envolvendo o fornecimento de medicamentos. Pode-se ter o caso de medicamentos com registro na Anvisa e incluídos na lista do SUS. O juiz, aqui, deve exigir que a parte comprove que procurou o SUS postulando o medicamento. Deve, portanto, ser exigida comprovação mínima de que foi pleiteado administrativamente o medicamento, prova que se faz por meio de documentos, tais como uma certidão negativa. Em casos de urgência, a parte autora da demanda deve demonstrar que o ente, embora não se tenha negado ao fornecimento do medicamento, está demorando. Pode-se ter, por exemplo, o caso de medicamentos com registro na Anvisa e não incluídos na lista do SUS. Nesse caso, deve a parte autora demonstrar que esgotou as alternativas da lista, juntando laudo circunstanciado do médico assistente sobre a impossibilidade de substituição por medicamentos da lista do SUS. Também, concomitantemente, deve o juiz buscar um parecer do Departamento Médico Judiciário (DMJ) do seu Tribunal sobre a eficácia do medicamento. A Constituição da República atribui à saúde as características da universalidade, integralidade e isonomia. A questão dos medicamentos não previstos na lista do SUS deve ser enfrentada e entendida no contexto da integralidade, que é explicitado no art. 7º da Lei nº 8.080/1990, que conceitua assistência como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. Integralidade, explica Têmis Limberger⁴⁹, diz respeito a todo o tipo de ação: a preventiva, que a CF diz que tem de ser aquela a que se dedique prioridade; a ação corretiva;

⁴⁹ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas de saúde e burocratização: o (des)caminho trilhado para efetividade do direito à saúde – Um olhar sobre a década de 1990 a 2000 no Estado do Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Coleção Direito e Transformação Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 169-180.

a vigilância sanitária e epidemiológica. Integralidade, porém, não significa totalidade. É que, consoante Limberger, citando Henry J. Aaron e William B. Schwartz⁵⁰, ambos referidos por Gustavo Amaral⁵¹,

a questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável". Nenhum país do mundo por mais rico que o seja tem condições de suportar qualquer tratamento médico ou fornecimento de indistinto medicamento, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas.

No que diz respeito à assistência terapêutica integral, ela abrange a dispensação de medicamentos e a oferta de procedimentos terapêuticos, nos moldes e limites descritos no art. 19-M da Lei nº 8.080/1990, que assim refere:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

⁵⁰ AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The painful prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981. p. 81.

⁵¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 136.

A assistência terapêutica integral, como se observa nos dispositivos legais antes invocados, possui limitadores legais específicos. No caso dos medicamentos, esses limitadores são as diretrizes terapêuticas definidas nos protocolos clínicos; na falta destes, as relações de medicamentos instituídas pelos gestores federal, estaduais e municipais do SUS; e, no caso dos procedimentos terapêuticos, as tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS. Portanto, do ponto de vista da legislação infraconstitucional, contrariamente ao que vêm decidindo os Tribunais, não existe um *superdireito à saúde* capaz de assegurar prestações estatais positivas ilimitadas e indefinidas. No ponto, especificamente em relação ao fornecimento de medicamentos, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 31.05.2017, ao decidir a questão de ordem na proposta de afetação a julgamento na sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos no REsp nº 1.657.156, fixou como tema controvertido o da obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, determinando, em consequência, na forma do que prevê o art. 1.037, II, do CPC, a suspensão nacional dos processos que versem sobre o tema, ressalvada apenas a prática de medidas de urgência, conforme prevê o art. 314 do mesmo diploma. Assim, foi reconhecida pela instância superior uma divergência quanto à existência de um direito subjetivo público ao recebimento de medicamentos não incorporados ao SUS. E há outra questão que o Ministério Público, ao menos no Estado do Rio Grande do Sul, tem levantado nos feitos que tramitam no juízo comum e que se procurou trabalhar nestas linhas: a ilegitimidade passiva dos Estados federados para responder a demandas postulando medicamentos não incorporados ao SUS, considerando o teor do art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990, que determina que a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com base nesses fundamentos, por intermédio de seu Procurador-Geral de Justiça, revendo, inclusive, o posicionamento da instituição em demandas da espécie, expediu a Recomendação nº 3/2016, publicada em 9 de setembro de 2016, destacando que

o membro do Ministério Público, em matéria de direitos humanos – garantia do direito à saúde, nas ações de solicitação de medicamentos, com tutela de urgência, intimado a manifestar-se como órgão interveniente,

perfeitamente identificado o objeto da demanda, deverá observar se o medicamento ou insumo requerido está na relação de medicamentos ou insumos disponibilizados pelo SUS do respectivo ente demandado (Município ou Estado do RS), pois, do contrário, a ação deve ser dirigida ao respectivo ente e, caso não esteja em nenhuma lista, a responsabilidade pelo fornecimento do fármaco será da União, de modo que é o Ministério da Saúde quem elabora a lista, sendo o feito de competência da Justiça Federal.

Na síntese, nos casos em que o fármaco postulado - como tem ocorrido, por exemplo, com o medicamento denominado Condroflex (Glicosamina + Condroitina) - não integra a relação de medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), enquadrando-se, portanto, no rol de processos suspensos pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, fica vedada a prática de quaisquer atos processuais, ressalvada apenas a realização de atos urgentes, motivo pelo qual o exame há de se voltar exclusivamente à tutela de urgência e aos seus eventuais desdobramentos. Em tal âmbito, em razão da controvérsia quanto à obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados ao SUS e, no caso específico da Justiça comum, considerando a tese sustentada pelo Ministério Público no sentido de que, por força do art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990, não disporia o Estado do Rio Grande do Sul de atribuição para incorporação de novos medicamentos, resta, em princípio, enfraquecido o principal requisito autorizador do deferimento da tutela de urgência previsto no art. 300 do Código de Processo Civil, qual seja, a probabilidade do direito.

A escolha por processar ou continuar processando seu pedido na Justiça comum, embora seja uma opção da parte autora, acarreta mais óbices ao eventual deferimento e/ou manutenção da tutela de urgência, uma vez que, além da superveniência da controvérsia quanto ao direito invocado, decorrente da decisão proferida na QO-ProAfR-REsp 1.657.156/RJ, há, ainda, a tese da ilegitimidade passiva da parte demandada, forte no art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990, considerando que não seria possível ao Estado do Rio Grande do Sul, mesmo que assim o desejasse, determinar a incorporação de novos medicamentos ao SUS, não havendo, pois, previsão de orçamento em favor do ente ora requerido para o fornecimento do medicamento pleiteado pela parte autora. Então, além da controvérsia acerca do próprio direito, há, ainda, a controvérsia quanto à

legitimidade, o que gera um duplo risco quanto à viabilidade de pretensões dirigidas contra o Estado ou o Município em casos tais.

De qualquer sorte, considerando que, na forma do art. 314 do Código de Processo Civil, está vedada a prática de quaisquer atos processuais, ressalvada apenas a realização de medidas urgentes, incumbe à parte autora juntar documentação firmada por seu médico assistente, comprovando a inefetividade ou a impropriedade das diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado, ou, no caso de inexistência destes, a inefetividade do correspondente terapêutico existente nas relações de medicamentos instituídas pelo SUS. É que, se a assistência terapêutica disponível no SUS for efetiva e eficaz, não há razão para se pretender em juízo, com todas as inconveniências decorrentes de um litígio judicial, um tratamento diverso pelo simples e único fato de ser um tratamento diverso.

Há outros casos, ainda, a título de exemplo. Veja-se o caso dos medicamentos sem registro na Anvisa e não incluídos na lista do SUS. A regra, aqui, é indeferir o pedido, pois não cabe utilizar recurso público para experimento. Nesse sentido foi o julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106), cuja tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que a “existência de registro na Anvisa do medicamento” é um dos requisitos para a “concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS”. O referido recurso foi julgado em 25.04.2018 e o seu acórdão foi publicado em 04.05.2018, mas ainda não houve o trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The painful prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981.

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

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

CEZAR, Denise Oliveira. Origens da judicialização da saúde na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – 1990/2010. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Coleção Direito e Transformação Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 91-103.

LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas de saúde e burocratização: o (des)caminho trilhado para efetividade do direito à saúde – Um olhar sobre a década de 1990 a 2000 no Estado do Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Coleção Direito e Transformação Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 169-180.

MACHADO, Rafael Bicca. Luzes parsonianas sobre o debate da função do direito nas sociedades contemporâneas. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/25338-25340-1-PB.pdf>>.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

PARSONS, Talcott. Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal. In: PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Versión castellana de Ruben Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967.

_____. *O sistema das sociedades modernas*. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.

_____. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969.

_____. Uma visão geral. In: PARSONS, Talcott (Org.). *A sociologia americana: perspectivas, problemas, métodos*. Trad. Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1970.

PINTO, Élide Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/366>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

QUINTANEIRO, Tania; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Labirintos simétricos: introdução à teoria sociológica de Talcott Parsons*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a sociologia americana*. Trad. Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde. *Revista Época*, 23 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 13 set. 2017.

SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011.

SOUZA, Marcelo. Artesã fica sem remédio que custa R\$ 1,5 milhão por decisão judicial. *UOL Notícias*, São Paulo, 24 abr. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/24/artesa-fica-sem-remedio-que-custa-r-15-milhao-por-decisao-judicial.htm>>. Acesso em: 13 set. 2017.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62.

Submissão em: 10.04.2018

Avaliado em: 02.06.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 25.06.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 02.07.2018

RESCINDIBILIDADE DAS SENTENÇAS E MÉRITO DA CAUSA¹

RESCINDIBILITY OF JUDGMENTS AND MERITS OF THE CASE

Adroaldo Furtado Fabrício²

Professor Titular Jubilado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS,
Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito processual civil.

RESUMO: O autor aborda questão polêmica, sustentando que a verdadeira coisa julgada atua no plano do Direito Material, e não no do Direito Processual, pois, se a sentença pertence ao processo, a coisa julgada afeta a própria essência da relação jurídica material. O artigo analisa o fenômeno da alteração substancial da relação ou situação jurídica de uma pessoa em face da outra, produzida pela coisa julgada, sendo essa alteração tão definitiva que sequer o legislador pode nela intervir, em razão da proteção dispensada ao instituto pelo sistema constitucional. O autor busca conceituar sentença de

mérito para adentrar no tema do artigo, buscando também identificar os seus limites, conforme referido no art. 966 do CPC. Nesse passo, o autor passa a tratar da possibilidade de rescisão dos julgados, que, segundo esse artigo, restringe-se às decisões de mérito. Contudo, haveria outra possibilidade, a de verificar o resultado do julgamento como um todo, considerando as repercussões operadas na esfera do Direito Material. O autor assinala que, quando se trata de rescindibilidade das sentenças e, particularmente, da exigência posta no art. 966, *caput*, do CPC, a sentença de mérito, como em qualquer outro contexto, é aquela apta a fazer coisa julgada material, embora a

¹ Dedico este trabalho à memória do grande jurista, dileto amigo e singular figura humana que foi - e é - José Carlos Barbosa Moreira.

² Doutor em Direito e Livre Docente em Direito Processual. Desembargador Aposentado e Ex-Presidente do TJRS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. *E-mail:* fabricio@fabricioadvogados.com.br. Currículo: <<http://www.fabricioadvogados.com.br/tcurriculo.htm>>.

menção ao trânsito em julgado, também presente no artigo, pertença ao conceito formal de coisa julgada. A posição do autor proporciona uma abertura para que o mérito seja buscado em ato judicial diverso daquele a ser rescindido. Daí a importância da visão do julgamento como ato processual complexo.

ABSTRACT: *The Author faces a controversial question, supporting that the real res iudicata acts on the plan of Substantive Law and not on Procedural Law, as, whether the award belongs to the Procedure, the res iudicata affects the proper essence of the Substantive “juridical relation”. The article analyzes the phenomenon of the substantial shift of the “juridical relation or situation” of a person facing another, which is produced by the res iudicata. This shift is so strongly definitive that the legislator could not intervene, as the protection is given to the institute by the Constitutional system. In order to reach the Article’s theme, the Author seeks setting a concept of award on the merits, also seeking to identify its limits, as regarded by article 966 of the Civil Procedural Code. In this sense, the Author goes on treating the possibility of “avoidance” of the judgements, which, under the wording of article 966, is restricted to the merits decisions. However, the Author recognizes another possibility on verifying the result of judgement as a whole, considering the consequences that operates in all spheres of Substantive Law. The Author points out that whenever one treats of the possibility to avoid the awards and, particularly, the requirement imposed by article 966, caput, of the Civil Procedural Code, the merits award is, as in any other context, the one which may turns into substantive res iudicata, through the mention o the period to turn into res iudicata, also treated on the article, belongs to the formal concept of res iudicata. The position of the Author provides an opening so that the merits may be seeked by another judicial act, different from the one to be avoided. In this way, it is possible to find the importance of the perspective of the judgement as a complex procedural act.*

PALAVRAS-CHAVE: sentença de mérito; conceito de mérito; coisa julgada e possibilidade de rescisão do julgado; conceito formal de coisa julgada; concepção do julgamento como ato processual complexo.

KEYWORDS: *merits decisions; concept of merits; res iudicata and the possibility of avoidance of the award; formal concept of the res iudicata; concept of judgement as a complex procedural act.*

SUMÁRIO: Introdução: a coisa julgada; 1 O mérito da causa; 2 Decisões passíveis de rescisão; 3 Rescisão e revisão; 4 *Error in procedendo* e ação rescisória; 5 Decisão que não toca o mérito, mas enseja trânsito em julgado da que o resolveu; 6 O julgado visto em sua unidade e complexidade; 7 Rescindibilidade da decisão que não conhece de recurso; 8 Tratamento do tema na jurisprudência recente; 9 Rescindibilidade da decisão de todo estranha ao mérito?; Considerações finais e conclusivas; Referências.

SUMMARY: Introduction: the *res judicata*; 1 The merits of the case; 2 Decisions liable to termination; 3 Termination and review; 4 Error in proceeding and termination action; 5 Decision that doesn't touch the merits, but ensues issue preclusion over the case it solved; 6 The trial seen in its unity and complexity; 7 Termination of decision that doesn't acknowledge the appeal; 8 Treatment of the subject in recent case law; 9 Rescindibility of a judgement that doesn't touch the merits?; Final considerations; References.

INTRODUÇÃO: A COISA JULGADA

Temos reiteradamente sustentado que a verdadeira coisa julgada, a que a doutrina corrente usa denominar *material*, atua no plano do Direito Material (o que, aliás, soa como tautologia), no sentido de que o fenômeno jurídico do qual se trata ocorre nesse plano, e não naquele do processo ou do Direito Processual. Sem admitir necessariamente rótulos talvez desconfortáveis, essa posição corresponde, *grosso modo*, à doutrina dita substancialista da coisa julgada, segundo a qual a sentença pertence ao processo, mas a coisa julgada afeta a essência mesma da relação jurídico-material que se controverteu e decidiu³. Quando se afirma, como a cada momento ocorre, que toda sentença carrega em seu bojo alguma eficácia constitutiva, ou que ela se subordina sempre à cláusula *rebus sic statibus*, é disso que se está falando: o julgado, necessária e inelutavelmente, modifica a relação concreta submetida ao juízo, acrescentando-lhe, no mínimo, segurança (sentença “justa”) ou algum conteúdo que nela não se achava anteriormente (sentença “injusta”). De resto, a coisa julgada formal toma o fenômeno preferencialmente pelo seu lado negativo, de proibição (não demandar, não discutir); o conceito de coisa julgada material, ao revés, contempla seu aspecto positivo, de imposição (“*facere, agere, tomar como subsistente*”) ⁴.

Essa é uma realidade que não tem a ver com a simples justificação política da coisa julgada, qual seja, a necessidade de que os processos e os

³ “No fundo, o significado da doutrina material é que a sentença contém um regulamento constitutivo da relação por ela acertada”, ensina Enrico Allorio (Crítica della teoria del giudicato implícito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, p. 245-254, Padova, Cedam, 1933), retomando a sustentação feita dessa doutrina em *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (p. 13). Em sentido semelhante: RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 1980. p. 623: “Por encima del dato de la ley, la cosa juzgada resuelve el conflicto entre seguridad y justicia”.

⁴ A lição é de João de Castro Mendes (*Limites objetivos do caso julgado*. Lisboa, Ática, 1965. p. 33-39), com remissão a Nikisch (*Zivilprozessrecht*, p. 407). Confira-se, outrossim: MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, n. 517, v. II, p. 431, 2003.

litígios tenham um término em algum momento, sob pena de transformar-se a função jurisdicional em mero exercício acadêmico ou futilidade intelectual. Se não existisse esse termo final intransponível, com efeito, o caminho haveria de permanecer para sempre aberto a novas postulações, debates e provas. A esse imperativo responde a coisa julgada formal, que se identifica com o fenômeno *processual* da irrecorribilidade e consequente impossibilidade de continuar-se a demandar sobre o mesmo objeto. Nesse sentido, e apenas nesse, a coisa julgada pode ser vista como preclusão. A última, a máxima e a mais abrangente das preclusões, a incidir sobre o processo mesmo e não sobre um ato dele, mas ainda preclusão, se falamos apenas de coisa julgada formal⁵. Chega-se a sustentar que esta, a coisa julgada formal, não se verifica apenas quanto às sentenças, mas também com respeito a outros atos decisórios em que a lei não exclua a preclusão⁶.

Não é disso, porém, que estamos tratando. O que se mira aqui é o fenômeno da alteração substancial da relação ou situação jurídica de uma pessoa em face do oponente ou do *alter*, produzida pela coisa julgada. Ela é tão definitiva e cabal que sua eficácia negativa não se limita às esferas judicial e administrativa: sequer o legislador pode nela intervir, mercê da proteção dispensada ao instituto pelo sistema constitucional. É por isso, também, que toda discussão posterior em torno do acerto ou erro do julgado, onde quer que se trave, não ultrapassa a esfera puramente acadêmica e não interessa mais ao Direito que se pratica, salvo, talvez, como objeto de estudo. Como alhures escrevemos, face à extensão e consequências do fenômeno, é pouco dizer, ao modo dos códigos, que a sentença transitada em julgado “tem força de lei”: ela vai muito além, *toma o lugar da lei*. Isto é, a relação jurídica que se controverteu e decidiu não se rege mais pela norma abstrata da lei, mas pelo comando concreto expresso no

⁵ Embora o art. 502 do CPC (com antecedente imediato no art. 467 do seu homólogo de 1973) aluda à coisa julgada material e pretenda defini-la, o conceito nele formulado é o formal, ao enfatizar a imutabilidade ao invés de iluminar o fenômeno de Direito Material. O artigo seguinte, sem dizê-lo, acerca-se mais do verdadeiro conteúdo conceptual de que ora cuidamos. Parece havê-lo notado, vigente o estatuto anterior, José Frederico Marques (*Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, v. 3, 1975. p. 232 e 233); viu-o claramente Ada Pellegrini Grinover, no item 2 das *Notas à 2ª edição brasileira do livro de Liebman “Eficácia e autoridade da sentença”*. Rio de Janeiro, [s.n.], 1981. p. 9.

⁶ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 177 - com a prudente advertência de ser o tema da preclusão ainda muito controvertido.

julgado⁷. O fenômeno, conquanto processual em sua origem, “transcende a vida do processo e atinge a das pessoas”, segundo síntese excelente⁸.

Ao objeto do presente estudo interessam muito as questões anteriormente tratadas em síntese apertadíssima. Trata-se de examinar aqui o pressuposto fundamental e genérico da única hipótese legalmente prevista de reversão da *res iudicata*: a ação rescisória de sentença⁹. Independentemente dos requisitos específicos relativos a cada um dos fundamentos possíveis de rescisão, é sempre necessário que se trate de “decisão de mérito transitada em julgado”, como impõe, em sua literalidade, o cabeço do art. 966 do Código de Processo Civil. A fixação precisa do sentido desse texto legal é o objetivo destas considerações, e essa é a razão por que dela nos ocupamos.

1 O MÉRITO DA CAUSA

Postas essas premissas, faz-se ainda necessária uma breve incursão pelo conceito de mérito. Não se trata de tarefa singela. O texto da vigente lei processual não contém definição a respeito, salvo em forma elíptica, ao definir os atos judiciais nos arts. 485 e 487 (*grosso modo*, correspondentes aos velhos arts. 267 e 269) e em outras passagens esparsas. A legislação mais antiga, que a tentara, não alcançara inteiro sucesso e sequer facilitava a tarefa. Talvez escarmentado pela tormentosa controvérsia travada sob a vigência do Código de 1939, no qual o conceito assumia imensa relevância prática por ser determinante da espécie de recurso interponível dos atos decisórios de primeiro grau, o legislador de 1973 subtraía-se aos riscos da definição legal direta¹⁰. Não se afastou dessa diretriz

⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ensaios de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, 2002; Moacyr Amaral Santos (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, 1974. p. 677) é particularmente claro e terminante: “Na sentença se acha a lei, embora em sentido concreto. Proferida a sentença, esta substitui a lei”.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Malheiros, v. III, 2001. p. 301. Aproveitando o mote, a coisa julgada *formal* diz respeito à vida do processo; a *material*, à vida das pessoas.

⁹ CPC, art. 966: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida [...]”. O código prefere *decisão de mérito a sentença de mérito*, ao revés do que expressava o Estatuto de 1973 – talvez para prevenir colisão de conceitos. Mas impende anotar que o sentido é o mesmo, como, aliás, se vê da epígrafe do capítulo no qual se contém os arts. 485 e 487 do texto vigente (“Da sentença e da coisa julgada”). A distinção entre sentença *extintiva* e sentença *definitiva* segue válida: a alteração é meramente terminológica. Só aquelas seriam rescindíveis, tomado o art. 966 em sua literalidade.

¹⁰ Principal autor do Código de 1973, Alfredo Buzaid empreendera estudo abrangentíssimo em busca do “isolamento” do conceito de mérito, obtendo, provavelmente, os melhores resultados da doutrina pátria no tema: *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1956.

o código vigente. A determinação do recurso cabível foi submetida a uma variável menos espinhosa: a continuidade ou o término do processo (*rectius*, do procedimento de primeiro grau) – mas nem por isso decresce a importância do deslinde.

Uma solução aceitável para a maior parte dos efeitos é a que assimila o mérito ao conteúdo *processualizado* da lide. Sentença de mérito é a que acolhe ou desacolhe a pretensão do autor – *vel condemnatione vel absoluteione contingit*. Sendo a lide um fenômeno sociológico, antes de ser jurídico, preexistente ao processo e só ocasionalmente vindo a ser objeto dele, é importante registrar que sua correlação com o *meritum causae* só existe na medida em que a lide, em concreto, se haja tornado conteúdo de um processo judicial. O próprio Carnelutti, na formulação original da sua teoria da lide, advertiu que o “conflito de interesses, juridicamente relevante, qualificado pela pretensão de um interessado e pela resistência do outro”, poderia ingressar inteiro no processo ou apenas parte dele, donde a distinção entre “processo integral” e “processo parcial”¹¹. E a lide só tem importância para o processo na medida, e desde o momento, em que entra nele; e só será coberta pela coisa julgada (como pela sentença definitiva) a parcela que entrou. Há interessantes sugestões no sentido de que a cognição judicial deveria abarcar toda a lide, mesmo sendo “parcial” o processo, porque este melhor cumpriria assim o seu escopo de pacificação social¹². Mas a sugestão não goza do beneplácito da doutrina dominante, fiel ao princípio da coextensão entre pedido e julgado.

O mérito da causa, portanto, que o juiz resolve pelo ato culminante do processo, corresponde à controvérsia de fundo nele travada, aquela que, proveniente em regra do Direito Material, motivou e originou a atividade processual, podendo-se dizer que, de um modo geral, delimita-se pelo conteúdo do pedido formulado pelo autor. Ao conceder, no todo ou em parte, ou denegar o bem da vida pretendido pelo demandante, o juiz *julga o mérito*.

Em um de seus momentos de empirismo, o legislador do Código de Processo Civil de 1973 pretendia separar em dois artigos as espécies de sentença (ato judicial extintivo do processo), sem julgamento do mérito

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova, Cedam, 1933. p. 9 – e em outras passagens de sua obra monumental.

¹² Assim, entre nós: FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 4, t. 2, 2007. p. 51.

(art. 267) e com esse julgamento (art. 269). Ambos vieram a ser alterados em seu *caput* para melhor afinação à realidade fenomenológica¹³, mas sua redação permaneceu insatisfatória. Sobretudo a do art. 269, que agrupava fenômenos díspares, a saber, aqueles em que o juiz efetivamente decide e os outros em que só homologa atos das partes ou de parte. E mantém em inciso à parte a hipótese de proclamar ele a prescrição ou decadência, como se não estivesse ela contida naquela já enunciada no inciso I, de acolhida ou rejeição do pedido do autor. O inconveniente persiste no art. 487 do Código em vigor, mas não impede, como antes não impedira, a exata compreensão da regra, desde que devidamente contextualizada.

São, pois, as partes (autor, réu-reconvinte) que definem, em cada caso concreto, a extensão do *meritum causae*. O juiz pode, eventualmente, intervir nessa conformação, mas somente em forma negativa, como nos casos de indeferimento liminar da inicial (ou do pedido contraposto) quanto a algum dos seus tópicos. “Ônus, preclusões e cominações ligam-se entre si ao longo de todo processo, com referência aos atos que as partes, considerada a tramitação aplicável, nele têm de praticar.”¹⁴ E o ônus primordial, cerne do princípio dispositivo, é o de submeter os fatos ao exame da jurisdição, com efeito determinante sobre o conteúdo da sentença – ao revés do que se passa com as considerações das partes sobre a identificação do direito aplicável: *iura novit curia*.

2 DECISÕES PASSÍVEIS DE RESCISÃO

Aproveitando-se a terminologia atual do citado art. 487, é possível afirmar que as sentenças rescindíveis de que trata o art. 966, *caput*, são as tratadas nos incisos I e II daquele¹⁵. As demais relacionadas aí são sentenças meramente

¹³ Em sua dicção primitiva, o art. 269 do CPC de 1973 afirmava serem as hipóteses nele contempladas de sentença com *julgamento* do mérito. Criticamos essa terminologia, pois ali se encontram situações em que, a rigor, não há julgamento, embora haja resolução do mérito: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa. Saneamento do processo* – Homenagem ao Professor Galeno Lacerda, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, p. 15 e ss., 1990. Por isso, o texto foi alterado pela Lei nº 11.232, de 2005, passando os textos pertinentes a falar de extinção do processo com ou sem *resolução* do mérito.

¹⁴ LEBRE DE FREITAS, João. *Introdução ao processo civil*. Coimbra, Coimbra, 1996. p. 146. As tentativas judiciais de “salvar” processos inviáveis, ou de “socorrer” a parte cujo direito pode estar sendo sacrificado pela inépcia ou incúria de seu procurador, são sempre desastrosas.

¹⁵ O texto de 1973 era melhor: *decidir sobre* a ocorrência de decadência ou prescrição, como está no vigente art. 487, II, incluiria indevidamente a hipótese de *negativa judicial* de sua ocorrência, caso em que obviamente não se extingue o processo.

homologatórias, que se limitam a sacramentar a vontade da parte ou das partes (renúncia ao direito, submissão ao pedido, transação), sem que a volição do Estado-juiz contribua para seu conteúdo. Para estas situações, a desconstituição não depende de ação própria, sujeitando-se às regras comuns de resolução ou desfazimento segundo o Direito Material – como dispõe, aliás, o § 4º do mesmo artigo. As sentenças meramente terminativas (em contraposição às definitivas), obviamente, não cabem no conceito do *caput* desse artigo, já que, por definição e por natureza, seu conteúdo é alheio ao mérito, restrito a questões atinentes só ao processo.

Houve controvérsia, a dividir inclusive a jurisprudência, sobre a admissibilidade do julgamento de uma parcela do mérito, continuando o processo quanto às demais, mas está, hoje, ultrapassada pela disposição expressa do art. 356 do vigente código¹⁶. De resto, o art. 332 igualmente comporta a hipótese de algum entre os pedidos cumulados receber juízo antecipado do mérito, configurando também, nesse caso, o que se tem denominado julgamento parcial. Ao invés de uma sentença em capítulos, nesse caso, há vários atos formais, cada qual contendo um dos tópicos do julgamento. O fenômeno da *res iudicata*, então, há de apresentar-se em momentos distintos para cada um deles. Pode-se encontrar com frequência, a esse propósito, menção à coisa julgada *progressiva*, designando a que se constitui em momentos sucessivos do mesmo processo¹⁷.

Desde a instauração do processo até o ato sentencial, existe uma *res iudicanda*, uma relação concreta, controvertida, que as partes submetem à jurisdição (em regra, de Direito Material)¹⁸. Proferida a sentença, nada se passa, ainda, no plano

¹⁶ É preciso que se esteja atento, ademais, aos casos de apreciação do mérito, no todo ou em parte, embutida em decisão com aparência de interlocutória ou terminativa. Tais sentenças *heterotópicas*, tanto quanto as tratadas no art. 356, dados os pressupostos, podem vir a ser objeto de rescisão. Sobre o tema, cf.: MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva fracionada da causa. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 31, p. 22-23, São Paulo, Malheiros, 2004.

¹⁷ O uso da expressão remonta a Francesco Carnelutti (*Diritto e processo*. Nápoles, Morano, 1958. p. 272 e ss.) com precisão exemplar: *progressiva* é a *formação* da coisa julgada, não ela mesma. Não pertence ao objeto deste estudo discutir a contagem do prazo decadencial da ação rescisória em tal emergência, tema polêmico na jurisprudência, com posições possivelmente antagônicas do STF e do STJ.

¹⁸ Excepcionalmente, essa mesma relação pode ser de Direito Processual, como na restauração de autos e na própria rescisória. Cf. aguda observação de Ovídio A. Baptista da Silva (Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 37, p. 103, [S.l.: s.n.], 1983). Também seria exemplo dessa categoria a declaratória de nulidade da sentença: cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória. *Revista de Processo*, ano XII, n. 48, out.-dez., p. 28 e ss. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

substancial, porque o processo pode continuar. No momento, porém, em que o provimento judicial se estabiliza, tornando-se imune a quaisquer impugnações no processo, a *res* se converte de *iudicanda* em *iudicata* (coisa julgada formal), e, a partir de então, é pela sentença, e não pela lei, que essa determinada relação jurídica posta em causa se governa (coisa julgada material).

É intuitivo que essa transmutação só poderá ter lugar se o ato decisório pertencer à classe dos definitivos, vale dizer, atribuir ou denegar ao autor o bem da vida por ele pretendido. Não assim quando, *v.g.*, declarar extinto o processo por falta de pagamento de custas, por litispendência, por abandono da causa e situações similares. Nesses casos, permanece intocado o mérito e o exame judicial dele pode ser novamente provocado, embora não no mesmo processo. É com olhos nessa distinção que se fala de sentenças *materiais* (definitivas) e *formais* (terminativas)¹⁹; também por isso, usa-se dizer que a coisa julgada formal é a imutabilidade no processo, e a material, a imutabilidade fora dele – o que é ainda insuficiente, por deter-se em critério distintivo formal.

Seria deveras prudente e cômodo se nos poupássemos, aqui, de entrar na tormentosa questão das “condições da ação” e da sentença que proclama sua ausência²⁰ – nó górdio que o vigente Estatuto, como o antecedente, cortou, mas não desatou. Ao omitir aquela expressão – mas sem furtrar-se a mencionar as “condições” ainda tidas pela doutrina fiel a Liebman como existentes – evitou, prudentemente, um compromisso com o tema²¹. Baste registrar que, no rigor da dicção legal, seriam as tais condições alheias ao mérito; contudo, a intensa controvérsia em torno do conceito mantém acesas as dúvidas²². E, de resto, como adiante se há de ver, a prática do foro tem evidenciado, pelo menos em alguns casos, a dificuldade de aplicar-se a solução legal ao pé da letra, dado que a legitimação para a causa (como a assim chamada possibilidade jurídica do pedido, hoje relegada ao oblívio) é frequentemente inseparável do mérito, ou

¹⁹ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo, Atlas, v. 2, 2012. p. 143.

²⁰ Tratamos demoradamente do tema no já citado artigo “Extinção do processo e mérito da causa”.

²¹ Com efeito, o inciso VI do art. 485 continua a alinhar a falta de legitimidade ou de interesse entre as hipóteses de extinção sem julgamento do mérito. Pelo menos quanto àquela, temos por errônea essa opção – como sustentamos no artigo ultimamente referido.

²² Sobre isso, confere-se com proveito Moniz de Aragão (op. cit., p. 415 e ss.).

até, em determinados casos, constitui o próprio mérito em sua integralidade, quando nela se esgota o *thema decidendum*²³.

O que particularmente nos interessa aqui é identificar os limites do que vem referido no art. 966, *caput*, como “decisão de mérito”. Há dois modos distintos de encarar o problema, conducentes a conclusões profundamente diversos: a leitura meramente gramatical do texto sugere a restrição da ação rescisória àquelas sentenças (*lato sensu*, é claro, abrangendo acórdãos e outras decisões) que, em seu próprio teor, hajam abordado o *meritum causae*; a outra, mais aberta e atenta à teleologia da norma, contempla o resultado do julgamento como um todo, independentemente de quais e quantas sejam as “decisões” proferidas, no relativo às repercussões que ele opera sobre o Direito Material. Nessa análise, é imperativo que se tome em conta tratar-se, necessariamente, de sentença transitada em julgado, aquela que se tornou a regra concreta de Direito para o caso. A “consustancial incerteza do direito litigioso”²⁴, que o processo contencioso pressupõe, não cessa com a sentença, mas com seu trânsito em julgado; de resto, ocorrido este, nada importa a instância em que foi proferido o último ato: a decisão do mais humilde juiz da roça tem a mesma *autoridade* do decidido pelo plenário da Corte Suprema.

Como necessário se faz, também, ter-se presente que o ato sentencial pode ser complexo, e assim é em grande número de casos, alongando-se sua formação no tempo e talvez envolvendo a participação de diferentes órgãos jurisdicionais (*sentença subjetivamente complexa*). De resto, ainda em cada momento dessa formação, pode conter disposições entre si autônomas com respeito a seu conteúdo (*sentença objetivamente complexa*), ensejando, em qualquer dos casos, pedido de rescisão de um ou alguns dos seus capítulos²⁵.

²³ De resto, mesmo os processualistas mais alinhados com a doutrina de Liebman alertam para os casos de *falsa* carência de ação, proclamada erroneamente em sentenças que, na verdade, decidem de mérito: *v.g.*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 354 e ss. Também assim, Cândido Rangel Dinamarco (Julgamento do mérito em apelação. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (org.). *Direito processual - Inovações e perspectivas - Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 125-143). O que provém, segundo pensamos, da volatilidade da distinção pretendida.

²⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1997. p. 218.

²⁵ Disso tratou, com notável proficiência. Cândido Rangel Dinamarco (*Capítulos de sentença*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 120 e ss.). O vigente código processual traz expressa menção a capítulos do julgado, inclusive com respeito à sua rescindibilidade em separado: art. 966, § 3º.

Presentemente, disposição expressa (§ 2º do citado art. 966) parece afastar dúvidas antes existentes quanto ao alargamento da rescindibilidade a decisões impeditivas de novo aforamento da mesma lide, embora alheias ao *meritum causae*. Continua importante, ainda assim, a análise dos limites postos no cabeço do artigo, seja porque o parágrafo em menção pode dar ocasião a dificuldades de interpretação, seja, também, e, sobretudo, pela necessária ponderação de que, ainda por muitos anos, hão de tramitar demandas de rescisão propostas na vigência do código anterior. Cada vez mais, a morosidade crescente dos trâmites processuais impõe, sem fuga possível, a consideração em torno da ultratividade da lei antiga.

3 RESCISÃO E REVISÃO

Para que se evitem erros contraditórios na doutrina e até na legislação, não é demasia insistir em que a blindagem da coisa julgada alcança a lide *no estado em que se encontrava* ao tempo da sua judicialização (ou algum outro que a lei defina). Pensando nisso, e, sobretudo, nas situações hoje reguladas pelo art. 505 do estatuto processual, alguns autores aludem a *limites temporais* da coisa julgada, em adição aos subjetivos e objetivos. Na verdade, essa maneira de dizer só é aceitável como simplificação: dita limitação não se alinha à mesma ordem lógica das outras duas, mas é conatural ao próprio conceito de *res iudicata*. A sentença não pode dispor senão sobre o objeto do processo, que em si já traz essa demarcação temporal: o limite é do próprio ato decisório, não da coisa julgada.

Nessa ordem de ideias, certas sentenças, ditas *determinativas*, não seriam de todo imunizadas quanto a novos julgamentos, porque, tratando de situações naturalmente evolutivas ou continuativas, precisam manter a lide em aberto relativamente a alterações futuras da situação de fato ou de direito. O exemplo mais frequentemente lembrado, porque intuitivo, é o da ação de alimentos: mudanças supervenientes nas condições de fortuna das partes ensejam a propositura da chamada “ação de modificação”. Chegou-se a afirmar, na doutrina mais antiga, e até na contemporânea, que tais sentenças não fazem coisa julgada, como se fossem, no quadro das decisões judiciais, um *monstrum vel ostentum*²⁶.

²⁶ Assim, LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza. *Obrigações recíprocas*. Lisboa, [s.n.], 1856. § 38; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro, V. Maia, 1918. p. 277, nota 36. Mais recente, mas ainda antes da Lei nº 5.478 e seu famoso art. 15: OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 1961. p. 103. Ainda em nossos dias, mais cautelosamente,

Pensamos haver demonstrado alhures que essas particulares situações, que tanto preocuparam certos setores da doutrina, na verdade, submetem-se aos princípios gerais pertinentes ao caso julgado. Basta lembrar que toda sentença, seja qual for a *modificabilidade* da situação de fato, fotografa um panorama no exato instante (e estado) em que se definiu a *res iudicanda*. Como a fotografia, registra aquilo que está, então, à vista. Eventualmente, pode dispor para o futuro (porque a própria relação jurídica submetida continua a evoluir de modo *previsível* depois dela), mas só nesses limites do previsível e previsto²⁷. Por óbvio, não há de regular as novas configurações que ela venha a oferecer fora da previsibilidade imanente – até porque seria, então, uma sentença condicional.

Infelizmente, o vigente código não escapou da referência à “mesma lide” no mencionado art. 505. Na verdade, a situação que enseja eventual julgamento “modificativo” da *res iudicata* encerra *outra lide*, porque os fatos pertinentes (ou, mais raramente, o Direito) já não serão os mesmos. A relação jurídica concretamente posta em liça neste segundo momento, ainda que tenha muitos elementos em comum com aquela antes apreciada, é outra²⁸. Assim, o binômio necessidade-possibilidade, no caso da ação alimentar, tem de ser avaliado segundo o estado que apresenta no momento da própria avaliação. O tema talvez exija uma atenção especial.

Em sua grande maioria, as relações jurídicas são *dinâmicas*, evolutivas, e as lides que se podem instalar a respeito delas podem ser – e geralmente são – diversas, segundo o estágio em que exsurtem. A relação considerada em abstrato pode ser a mesma (o vínculo contratual, o de parentesco, a posição jurídica de certa pessoa com respeito a determinada coisa), mas isso não significa que as lides sucessivamente emergentes dela sejam idênticas, ainda que contraponham as mesmas pessoas. E a sentença que se profira sobre cada uma delas apreciará a realidade fática e jurídica então constatada²⁹: trata-se do *ponto de convergência*

mas com igual substância: PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 178, conclusão 23 (falando em adequação do conceito de *res iudicata*). E, sem ressalvas: GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, v. 2, 1993. p. 232.

²⁷ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. Op. cit., p. 295 e ss.

²⁸ Viu essa realidade com a perspicácia costumeira E. D. Moniz de Aragão (*Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro, Aide, 1992. p. 189 e ss.), um dos mais percucientes e informados estudos a esse propósito publicados em língua portuguesa.

²⁹ Metáfora que usamos alhures: a fotografia é fiel ao objeto fotografado no momento em que é colhida, mas não mais depois que esse objeto vem a alterar-se. Tanto mais infiel pode tornar-se a representação

entre Direito Material e Direito Processual *em dado momento*, necessariamente referido ao *estado* identificado no processo³⁰. Isso vale para *qualquer* sentença, não só para as ditas “determinativas”. A modificabilidade das situações examinadas é uma variável contínua, não uma escala em degraus estanques.

4 ERROR IN PROCEDENDO E AÇÃO RESCISÓRIA

A partir da própria razão de sua existência, a ação rescisória envolve o pressuposto de ser de mérito o julgado rescindendo. Só as decisões de fundo podem fazer coisa julgada material; a rescisão tem o objetivo de afastar a particular eficácia da *res iudicata*: postas essas premissas, só se pode concluir que o objeto da ação rescisória é uma decisão de mérito. A rescisória busca reabrir um caminho que se havia fechado.

Mas é preciso ter-se em mente que, nas hipóteses de rescindibilidade contempladas nos incisos do art. 966 – especialmente a manifesta violação à norma jurídica do número V –, a regra afrontada tanto pode ser de Direito Material quanto de Direito Processual: o texto normativo não estabelece qualquer delimitação ou restrição³¹. E, por outro lado, neste último caso, embora a sentença tenha que ser de mérito, o seu vício apontado como determinante da rescisão pretendida pode ser de caráter estritamente processual, porque dessa natureza a norma ofendida. Encontra-se na doutrina um exemplo deveras ilustrativo: o juiz constata a omissão de defesa em ação de estado e aplica o chamado “efeito da revelia”, decidindo *de meritis* em desfavor do réu por esse fundamento³². A norma transgredida é de natureza tipicamente processual, mas o erro consistente em negativa da ressalva legal de inaplicabilidade daquele efeito às causas de

quanto seja mutável o modelo: a representação da montanha aparentará maior fixidez; a do rosto de uma pessoa será menor, de um lance desportivo será nula. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. Op. cit.).

³⁰ Sobre isso: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 96.

³¹ V., por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. V, 2012. p. 129, com abundante citação de jurisprudência. Hoje, a regra explícita do art. 966, § 2º, parece obviar a controvérsia, mas sua redação muito genérica ainda deixa lugar a dúvidas. Mesmo antes, a doutrina apontava igual solução: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 248; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, v. 3, 1975. p. 261; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979. p. 101.

³² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. I, 2010. p. 711.

estado, conquanto seja a norma de Direito Processual, determinará diretamente o conteúdo do julgamento de mérito apto ao trânsito em julgado³³.

Situação semelhante pode apresentar-se nos casos em que o julgador trabalha com presunções, daquelas estabelecidas pelo Direito Processual. Tomando por absoluta uma presunção que é *ius tantum* ou quiçá *hominis*, pode ser levado o juiz a decidir de mérito com exclusivo assento nela, dispensando provas pretendidas pelas partes, possivelmente com lesão gravíssima ao direito de uma delas. É preciso pensar, outrossim, nas disposições de lei estritamente processual que regulam o próprio ato de julgamento, quanto à sua forma e, principalmente, a respeito de seu conteúdo: transitando em julgado a sentença proferida *extra* ou *ultra petita*, por exemplo, a demanda de rescisão será a via própria para desconstituí-la, mesmo sem ter ocorrido ofensa alguma ao Direito Material. A denegação da rescisória, por ser de processo ou de procedimento a norma cuja violação foi constatada, deixaria ao total desamparo uma típica sentença de mérito, por hipótese transitada em julgado e versando (não a violação, mas a sentença) tema de mérito. Donde resulta que, pelo menos quando revela um dispositivo judicial definitivo (isto é, de mérito), nada importa, para o efeito ora considerado, que o erro judicial tenha sido *in procedendo* ou *in iudicando*.

Aliás, os exemplos oferecidos servem também para por a nu o mito e a precariedade da *separação* entre as diferentes esferas do Direito, qualquer que seja o critério distintivo adotado. E, mais, o quanto podem tornar-se eventualmente prejudiciais à ciência do Direito essas apartações cerebrinas, quando passam além da sua singela finalidade didática.

5 DECISÃO QUE NÃO TOCA O MÉRITO, MAS ENSEJA TRÂNSITO EM JULGADO DA QUE O RESOLVEU

Mas há situações mais delicadas. Nas hipóteses até aqui tratadas, a natureza de *sentença de mérito* da qual se reveste o ato judicial, cogitado como objeto de rescisão, é inquestionável, razão pela qual não oferecem maiores desafios à exegese. Para a solução desses casos, é suficiente a compreensão de

³³ Há, na doutrina mais antiga, opiniões contrárias, no sentido de que só a violação ao Direito Material dá lugar à rescisão por violação legal: BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo, Saraiva, 1948. p. 58-59; _____. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo, Saraiva, v. VI, 1974. p. 100-103; LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. III, 1959. p. 453. Mas essa é, hoje (e já era sob o Código de 1973), uma posição insustentável à luz do direito legislado. De resto, nenhum dos seus defensores enfrenta as situações figuradas no texto.

que a afronta à regra legal tratada no inciso V não se limita àquela de Direito Material. Dificuldade maior se levanta quando a decisão de mérito (hígida) e a que lhe proporciona o trânsito em julgado (viciada) acham-se em diferentes atos judiciais (isto é, em momentos processuais diversos), sendo o último apenas formal. Essa é a problemática da qual ora nos ocupamos.

Pode suceder que o ato judicial último, de cuja rescisão se cuida, por seu conteúdo, não se caracterize como decisão de mérito, segundo os critérios da lei, da doutrina e da jurisprudência – mas seja de tal natureza que, por força e efeito dele, um outro decisório anterior alcance as galas de caso julgado. Vale dizer, o mérito se encerra em outra manifestação judicial precedente, mas a *preclusão máxima* só se abate sobre ela por força de outra que lhe sobrevém e na qual se contém o vício apto a ensejar rescisão³⁴. Por hipótese, a decisão formal não pode fazer coisa julgada material, mas pode, sim, dar lugar a que a anterior, que lhe é conexas, a constitua. Para admitir-se que os dois dados – mérito e vício – acham-se presentes, ainda que cronológica e processualmente separados, faz-se imperiosa a compreensão de que o produto final da jurisdição provém de *ato complexo*, inclusive do ponto de vista subjetivo, de sorte que esse resultado seja visto em sua unidade, sem embargo da complexidade.

Assim é que, tendo sido impugnada mediante apelação uma decisão de mérito, a sua intrínseca qualidade de sentença de fundo acha-se desde logo definida: qualquer que seja a sorte do recurso, conservará ela esse cariz próprio³⁵. Ela já apresenta um dos caracteres que, em tese, a habilitam à rescindibilidade, porque é de mérito. Mas o outro, o trânsito em julgado, ainda lhe falta, dependendo do julgamento da apelação (e talvez de outras impugnações supervenientes). Se o tribunal competente conhecer do apelo, decidindo-lhe o mérito, *nulla quaestio*: mercê do princípio da substituição, o acórdão toma o lugar da sentença *stricto sensu* e a ele passa a aplicar-se tudo o que ficou dito sobre a decisão apelada. Mas pode também suceder que do recurso não conheça o órgão de grau superior, por razões de ordem formal e mediante decisão inteiramente alheia ao mérito (intempestividade, inadequação, deserção). Não sendo essa decisão de mérito,

³⁴ Exemplo recentíssimo: acórdão que aprecia apelação do réu e recurso adesivo do autor não conhece daquela (por falta de depósito específico), mas dá provimento ao apelo subordinado. A rescisória foi admitida e julgada procedente no TJRS, após amplíssima discussão da admissibilidade (Ação Rescisória nº 70002052462, Embargos Infringentes nº 70008266173), com recente trânsito em julgado no STJ (AgInt-REsp 1.040.753/RS, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, em 15.08.2017, DJe 23.08.2017).

³⁵ Salvo na hipótese de ser a sentença simplesmente *cassada* no juízo recursal, sem que outra seja pronunciada para substituí-la.

é ela, mesmo assim, a que proporciona a blindagem do decisório recorrido, vale dizer, a formação da *res iudicata*. O trânsito em julgado, com efeito, vai ser alcançado por força de uma decisão viciada, *que não é de mérito* e bem por isso não fará, ela própria, coisa julgada material, mas colocará a sentença sob a proteção desta. Se o tribunal não conheceu de certo recurso mediante decisão meramente formal *que violou disposição literal de lei*, não se pode negar à parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de consagrar-se uma flagrante afronta à ordem jurídica, posta assim a salvo de qualquer ataque.

Não é lícito argumentar em contrário que, nas hipóteses cogitadas, o pedido de rescisão deveria voltar-se contra a decisão que tratou do mérito – no último exemplo, a recorrida. Trata-se de uma falsa solução, pois ignora o pressuposto de que o vício conducente à rescisão estava na decisão de não conhecimento, não na que fora objeto da impugnação. A sentença que decidiu *de meritis*, atacada pelo recurso cujo mérito não foi analisado³⁶, possivelmente será passível de rescisão, mas por motivos outros que porventura a viciem, e essa é outra questão, não relacionada ao campo do presente estudo. Como também pode ocorrer que a sentença de origem não contenha qualquer dos vícios ensejadores de rescisão (consoante a normalidade do que se passa com a imensa maioria delas), ter-se-ia uma hipótese, indesejável e pouco afinada ao sistema, de julgamento gravemente viciado, mas imune à ação desconstitutiva. Utilizando-se do mesmo exemplo, pondera um de nossos mais prestigiados juristas:

Assim, se, por exemplo, o Tribunal recusou conhecer de recurso mediante decisão interlocutória que violou disposição literal de lei, não se pode negar à parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de aprovar-se flagrante violação da ordem jurídica.

É certo que a decisão do Tribunal não enfrentou o mérito da causa, mas foi por meio dela que se operou o trânsito em julgado da sentença que decidiu a lide e que deveria ser revista pelo Tribunal por força da apelação não conhecida.³⁷

³⁶ Atenção: é importante ter-se presente a distinção entre mérito do recurso e o *meritum causae*, que pode ser diverso. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 261 e ss.

³⁷ THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 122.

6 O JULGADO VISTO EM SUA UNIDADE E COMPLEXIDADE

No exemplo do texto citado, com que também temos trabalhado, a sentença (*lato sensu*) exposta à rescisão é a da apelação, não a da origem, alvejada pela impugnação recursal, que por hipótese é de mérito. Aquela é a viciada, não esta. O ilustre processualista citado pondera, na sequência, que a via de impugnação do apelo é muito mais larga do que a da rescisão, que resultaria bloqueada. Daí que o dano causado pelo *error iuris* do juízo recursal é potencialmente mais danoso ao direito da parte nesse caso que nos correntes, eis que teria ocorrido ilegal denegação do duplo grau de jurisdição³⁸. A relação de Direito Material que constituíra objeto do processo primitivo (*res iudicanda*) foi examinada e decidida, talvez em toda a sua extensão e profundidade, pelo julgado singular, mas o vício rescindente não está nele; vem a ocorrer na decisão superveniente que o consolidou como definitivo (*res iudicata*). O decisório precisa ser visto, então, na complexidade subjetiva de sua formação em diferentes graus de jurisdição, mas *como unidade que é*. Ainda que o *ato judicial último*, do órgão detentor da competência recursal, tenha-se detido na questão da admissibilidade de recurso, sendo, pois, ele mesmo, alheio ao mérito, foi dele que decorreu a formação da coisa julgada material, que só as sentenças (*lato sensu*) de mérito podem produzir. E esse é o ponto a que se deve ater o órgão julgador ao aquilatar a admissibilidade do remédio rescisório. Há interessante acórdão da Justiça mineira sobre esse tema: “A coisa julgada formal é elemento integrante da coisa julgada material porque esta se forma com a ocorrência daquela. Portanto, pode ser atacada pela ação rescisória a decisão que inadmite recurso, se tal decisão criou a coisa julgada formal”³⁹.

Esse julgado ilumina um aspecto particular do problema ora tratado. Efetivamente, não pode haver coisa julgada material sem que exista a formal (embora a proposição inversa seja incorreta). A regra concreta do julgado só invade a esfera do Direito Material e toma o lugar da lei para, desde então, regular a relação jurídica controvertida, desde que se haja tornado imutável no processo. Nessa perspectiva, o que a restrição posta no cabeço do art. 966 do CPC (*verbis* “de mérito”) realmente significa que as decisões *das quais não decorra a constituição de coisa julgada material* não são passíveis de rescisão. O que, em perspectiva teleológica, facilmente se compreende: não se havendo constituído

³⁸ Não se põe em tela, aqui, a questão da obrigatoriedade em tese do duplo grau. Cuida-se da hipótese em que, mesmo garantido pelo sistema, o princípio do duplo grau é afrontado.

³⁹ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Jurisprudência brasileira*, Curitiba, v. 179, 1997. p. 209.

a *res iudicata* em sua verdadeira e única configuração, mas sim e somente a *preclusão máxima*, que é a imunidade às impugnações nos mesmos autos (coisa julgada meramente formal), o remédio excepcional de revisão não se justifica, porque sua finalidade única possível é a desconstituição da coisa julgada *material*, que, aí, por hipótese, não existe. Continuando aberta a possibilidade de novo processo, novas alegações, novas provas e novo julgamento nas vias normais de postulação, nenhum espaço se deve abrir ao emprego de um remédio excepcional e heroico.

Se, ao contrário, o decisório (visto em sua inerente complexidade, cabe repetir) é de tal natureza que fez nascer a coisa julgada material, *ipso facto* resultam bloqueados os caminhos ordinários de acesso à jurisdição para o trato da mesma lide; é preciso desconstituir esse ato judicial para dar espaço à renovação do julgamento. A esse objetivo serve a demanda de rescisão, e, para esse efeito, é irrelevante discutir se o último ato judicial praticado no processo originário tratou ou não do mérito: importa saber, isto sim, *se o mérito resultou decidido*⁴⁰. No exemplo com o qual estamos trabalhando, a negativa de conhecimento à apelação, em si mesma, não contém referência ao *meritum causae*, mas foi por via dela que se consolidou a *res iudicata* pertinente, esta sim, ao mérito. E o resultado desse fenômeno é a impossibilidade de reabrir-se a discussão do tema de fundo por qualquer outra via que não a rescisória. Há decisão do antigo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul seguindo o mesmo critério, com emprego de palavras muito semelhantes⁴¹.

7 RESCINDIBILIDADE DA DECISÃO QUE NÃO CONHECE DE RECURSO

Em bela monografia de origem acadêmica (tese de livre docência), mas publicada em livro, o tema foi tratado com proficiência extraordinária e com a exemplar visão finalística que ora (como sempre) advogamos, para interpretação das normas processuais, mais do que na exegese das outras. Ali se lê:

⁴⁰ No Superior Tribunal de Justiça, em julgamento no qual se discutia a rescindibilidade da decisão que dera pela ilegitimidade de parte, o grande juiz Ministro Humberto Gomes de Barros expressou essa ideia com clareza e concisão inexecidíveis: “É possível reabrir a questão resolvida pelo acórdão? Se não é possível, cabe a rescisória. Possível a reabertura, não há coisa julgada material e a rescisória não cabe” (2ª S., AR 336, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., em 24.08.2005).

⁴¹ *Julgados do TARGS*, n. 70, p. 190.

[...] é também possível que o vício resida no ato que não admitiu ou não conheceu do recurso e, mais do que isso, que esse vício seja a causa determinante de sua não admissão. É pensar no caso de não conhecimento de recurso por suposta intempestividade fruto de típico erro de fato ou, ainda, por literal violação de disposição de lei. Nesses casos, o acórdão só não é de mérito justamente porque foi perpetrado um erro – grave a ponto de estar previsto no art. 485 do CPC.

Nessas hipóteses, em que o vício – mais do que residir no julgamento de inadmissibilidade, seja a causa determinante do não conhecimento do recurso –, dizer que o ato rescindível é o recorrido significa, ainda que reflexamente, excluir da ação rescisória a possibilidade de alegação desse mesmo vício, na medida em que a declaração de não conhecimento do recurso é estranha ao ato que se busca rescindir.

[...] É preciso considerar que, diferentemente dos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, em que em tese é possível a propositura de nova demanda (CPC, art. 268), no caso de não ser conhecido o recurso a consequência é a preclusão e, portanto, o trânsito em julgado da decisão. Não há como apresentar novamente o mesmo recurso.⁴²

Com efeito, não há outra solução aceitável. Se a sentença recorrida é isenta de qualquer vício capaz de fundamentar rescisão, mas contém *error in iudicando*, e a decisão de grau superior incide em manifesto erro de fato ou de direito ao não conhecer do recurso dela interposto, a exclusão da rescindibilidade implicaria atribuir-se a um erro – o do Tribunal – o condão de neutralizar outro – o do juízo de primeiro grau –, independentemente da gravidade maior deste ou daquele. Se o órgão julgador não percebeu que o suposto último dia do prazo recursal não teve expediente forense, ou que o recorrente era isento por lei do preparo omitido, sua oportunidade e seu direito ao duplo grau de jurisdição lhe foram

⁴² YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 167-168. Os artigos referidos são do CPC de 1973.

subtraídos. De nada valerá à parte prejudicada alegar que precisamente o erro do tribunal lhe retirou a possibilidade de reabrir a discussão sobre o objeto do recurso. Até porque, com o trânsito em julgado (decorrente da decisão viciada), sequer terá onde e como formular a alegação, se a via única da rescisória lhe foi fechada⁴³.

A tese da rescindibilidade do acórdão que não conheceu de recurso, quando o conhecimento dele tinha a potencialidade de alterar o julgamento do mérito, encontra igualmente apoio em outros tópicos de doutrina assaz autorizada, como este:

Não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas somente aquela de mérito, capaz de ser acobertada pela coisa julgada. Assim, se uma *decisão de mérito* veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa: se sobre aquela se formou a autoridade de coisa julgada, é rescindível pela ação autônoma de impugnação [...].⁴⁴

Significa essa lição que o critério de admissibilidade da rescisória precisa contemplar um conceito substancial de “sentença de mérito”, e não aquele formal. O modo ou forma pela qual se exterioriza (“vem a lume”) a decisão tocante ao mérito é irrelevante, pois a substância dela, não o nome que lhe seja dado, ou a sua topologia, é que vai dirimir essa questão. Não importa se o coroamento do processo decisório toca ou não o mérito; não cabe indagar da natureza de cada um dos *momentos* em que o julgamento se pode decompor, em acadêmica análise *a posteriori*: interessa indagar, sim, se do ato ou sequência de atos decorre caso julgado. Se afirmativa a resposta, nenhum outro caminho se oferece ao vencido a mais da rescisória; do contrário, bastam-lhe as vias ordinárias de postulação. Não seria impróprio falar-se aí de *interesse na rescisão*, ideia inspiradora da norma

⁴³ Pesa em desfavor da tese a imensa autoridade de Barbosa Moreira (op. cit., p. 113 e ss.), de quem muito raramente ousamos divergir. Cumpre referir que o grande jurista menciona em nota (nº 37) as lições adversas de Theodoro Jr. e Yarshell, aludidas no texto, mas rejeita-as sem refutação especificada.

⁴⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, nota 2 ao art. 485 (grifo do original). Os autores resumem lição do primeiro, mais largamente exposta no livro: NERY JUNIOR, Nelson. *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 98.

processual inferida do sistema: só se admite à demanda de rescisão aquele que dela necessita.

Há abundante abonação jurisprudencial da tese ora sustentada, inclusive, e principalmente, no Superior Tribunal de Justiça. Em perfeita consonância a ela, afirmou-se na instância unificadora: “É certo que equívoco processual cristalizado em decisão transitada em julgado pode ensejar ação rescisória, desde que a sua correção importe em invalidação de sentença de mérito”⁴⁵. Nesse julgamento, a referência foi meramente incidental, mas serve para demonstrar que o Tribunal trata esse tema como pacificado no seu âmbito: se o ato judicial viciado deu ensejo à formação da coisa julgada, não importa se o mérito foi tratado nele mesmo ou naquele a que foi negado o reexame recursal.

E assim é efetivamente. Essa orientação pretoriana já se via firmada ao tempo do antigo Tribunal Federal de Recursos, de cujo acervo se pode colher este espécime de veras significativo:

Contraria o sistema de nulidades do CPC, em que avulta, dentre os princípios que o norteiam, o princípio da causalidade, agasalhado no art. 248, no sentido de que o vício de um ato processual contamina todos os subseqüentes que dele dependam, restringir o cabimento da rescisória, fundada no item V do art. 485, à hipótese de a violação ter ocorrido na apreciação do mérito da causa.⁴⁶

Ora, o que aí está dito é que a interpretação orgânica, integrada, do Estatuto processual não poderia admitir que, de um lado, se considerassem comunicáveis os vícios dos atos processuais, mas, de outra banda, não se admitisse a possibilidade dessa comunicação, ou contaminação, na esfera da rescindibilidade dos julgados. Ainda que não se deva confundir rescisão com anulação nem com declaração de nulidade, é mister ter-se presente que, em um e em outro caso, se cuida de vícios que ensejam medidas processuais voltadas à sanação ou à repetição. Aparece também implícita no acórdão uma ideia

⁴⁵ Do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, no julgamento da AR 441/DF, 2ª Seção, em 09.04.1997 (*Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 99, p. 149). Aliás, a exigência aí posta parece, ela própria, demasiada: não é preciso que a invalidação do decisório de mérito decorra da rescisão daquela outra; basta que a rescisão abra a possibilidade de sua revisão.

⁴⁶ *Revista do Tribunal Federal de Recursos*, n. 164, p. 11. O CPC citado é o de 1973.

que já expusemos: a mácula fundadora da rescisão e o mérito podem achar-se em decisões formalmente diversas, mas entre si integradas por vínculo de dependência. Recorde-se que a constituição da coisa julgada material depende indissociavelmente de se ter aperfeiçoado a formal⁴⁷.

O STJ apreciou pedido em que a decisão de segundo grau – cuja rescisão se buscava e foi deferida – erroneamente se negara a conhecer de recurso, dando-o por intempestivo. Disse o acórdão rescindente que admitia ação rescisória “para corrigir erro e dar margem ao reexame da decisão de mérito”, que se frustrara em razão da equivocada negativa de conhecimento⁴⁸. Essa é exatamente a tese aqui defendida. O vício e a resolução do mérito não se encontram no mesmo ato judicial (formalmente considerado), mas um repercute inelutavelmente sobre o outro, porque integram materialmente o mesmo *juízo da causa*.

Os vários precedentes do Tribunal no sentido da rescindibilidade do acórdão assim viciado, que proclamara intempestividade inexistente, foram corretamente invocados para admitir também a ação desconstitutiva em casos nos quais o erro do acórdão consistira em identificar deserção onde ela não ocorria⁴⁹. Tanto em um caso como no outro, a decisão *imediatamente* rescindenda só cuidou da admissibilidade de um recurso (tema de Direito Processual), mas deu oportunidade ao trânsito em julgado daquela que resolvera o mérito.

8 TRATAMENTO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

A Corte à qual incumbe o balizamento da jurisprudência infraconstitucional e sua unificação, mais recentemente, vem reafirmando aquela posição. Há um julgamento muito chamativo pelas suas particularidades, com cabal reafirmação da tese. Trata-se de caso em que a Primeira Seção do Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a rescisória voltada à desconstituição de julgado monocrático da própria Corte, que, “ao negar seguimento ao REsp 1.181.592/PE, manteve incólume acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por sua vez, confirmou a sentença que havia julgado improcedente a pretensão do autor”.

⁴⁷ Por todos, cf.: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 417.

⁴⁸ STJ, REsp 122.413/GO, 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito, J. 20.06.2000, DJU 09.10.2000, p. 140. Nesse caso específico, considerou o relator ter ocorrido *erro de fato* na contagem do prazo recursal.

⁴⁹ STJ, REsp 636.251, 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito, J. 03.02.2005. Nesse julgado, afirmou-se a rescindibilidade da decisão denegatória de recurso anterior por deserção, invocados, por analogia, precedentes relativos a recursos inadmitidos por intempestividade.

A decisão foi pela rescisão da monocrática proferida no próprio STJ, para o fim de

desconstituir a decisão rescindenda e, assim, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para reformar o acórdão regional recorrido e julgar parcialmente procedente o pedido formulado na inicial da ação ordinária, assegurando ao autor o direito à pensão especial de Segundo-Tenente das Forças Armadas, na condição de filho inválido de ex-combatente da Segunda Guerra Mundial.⁵⁰

O que esse julgado tem de mais particular e expressivo é o fato de que a rescisão, declaradamente *da decisão monocrática ultimamente proferida* nos autos em causa (que era de puríssimo conteúdo formal), desconstituiu, como que em cascata, toda uma vasta cadeia de atos judiciais proferidos em diferentes juízos e instâncias, até atingir a sentença de primeiro grau. Para isso, foi necessário invalidar não apenas a aludida monocrática, mas, em sucessão, o decisório que trancara o recurso especial, o acórdão do tribunal de apelação que confirmara a sentença (*stricto sensu*) e só ao termo desse longo caminho reformar esse julgado da primeira instância em seu mérito. A questão de fundo reexaminada no recurso excepcional não fora tratada senão na sentença de primeiro grau. A distância a que se encontram um do outro os momentos processuais da ocorrência do vício e da decisão que ensejou o trânsito é particularmente chamativa, inclusive pela intercorrência de outros atos de juízo igualmente afetados pela rescisão.

Outro julgamento da mesma Corte reafirmou, na linha de sua jurisprudência mais antiga, a admissibilidade da rescisão de sentença da qual se interpusera recurso, dele não havendo conhecido o órgão competente. É o que vem afirmado no item 4 da ementa e, igualmente, no voto da relatora, nos seguintes termos:

Nessas condições, ao contrário do que restou consignado no acórdão recorrido, tenho que a aplicação, à espécie, da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça citada, respaldada esta no entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, conduz à inexorável conclusão de que, embora o trânsito em julgado da

⁵⁰ STJ, AR 4904/PE, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. 14.11.2012.

sentença rescindenda tenha ocorrido após a respectiva apelação ter sido julgado deserta, tal fato não tem o condão de ilidir a possibilidade de propositura de ação rescisória em face daquele *decisum*.⁵¹

Como se vê, os julgados da instância unificadora nem sempre tocam explícita e claramente a relevantíssima distinção entre a verdadeira decisão rescindenda (ao fim e ao cabo, aquela de mérito, independentemente do momento e estágio processual em que haja sido lançada) e aquela outra que ocasionou seu trânsito em julgado. Mas, com maior ou menor explicitude, essa noção está presente nos acórdãos. É muito rara, na jurisprudência recente do Tribunal, a rejeição da ação desconstitutiva em casos tais⁵².

Essas considerações podem colocar em foco a discussão sobre *o que se rescinde* em tal caso: a decisão antecedente, sobre o mérito, ou a que vem a propiciar o trânsito em julgado. Essa perplexidade facilmente se resolve quando visto o julgado, na perspectiva aqui proposta, em sua unidade substancial. O que se rescinde *é o julgamento*, cuja formação foi complexa subjetiva e talvez objetivamente, mas ainda assim é uma unidade lógica. Só assim se explica – e cabalmente se explica – que os dois requisitos (resolução do mérito e potencialidade para produzir trânsito em julgado) encontrem-se em atos de juízo formalmente distintos.

9 RESCINDIBILIDADE DA DECISÃO DE TODO ESTRANHA AO MÉRITO?

Aliás, na senda que indicamos e ainda na vigência do direito anterior, tem ido além da nossa proposta o Superior Tribunal de Justiça. Podem-se encontrar casos em que a rescisão foi concedida com respeito a decisórios que de modo algum envolviam o mérito da causa, *sequer indiretamente* – isto é, decisões que nem mesmo remetem a uma outra, esta versando mérito. Assim, chegou-se a decidir pela rescindibilidade em processos nos quais o mérito não fora tocado em qualquer momento anterior. Por exemplo:

⁵¹ STJ, REsp 1.095.436/RS, 5ª T., Relª Min. Laurita Vaz, J. 28.02.2012.

⁵² Há surpreendente *acórdão unânime da Corte Especial do STJ* no sentido de ser “incabível a propositura de ação rescisória que tenha por finalidade desconstituir acórdão que inadmitiu recurso, ou seja, que não examinou o mérito da controvérsia” (Rel. Min. João Otávio de Noronha, 07.11.2012, DJe 21.11.2012) – na contramão do entendimento dominante.

PROCESSO CIVIL - ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO AO FUNDAMENTO DE COISA JULGADA - INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE AÇÕES - AÇÃO RESCISÓRIA - CABIMENTO.

1. Inexiste identidade de ações quando ausente ao menos um dos três requisitos elencados no parágrafo 2º, do artigo 301, do CPC, isto é, mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

2. A jurisprudência do STJ já pacificou entendimento no sentido de que não há identidade de causas, não se operando coisa julgada, quando uma ação busca a declaração de inconstitucionalidade da exigibilidade do FINSOCIAL, enquanto que a outra pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da majoração de alíquotas desta mesma contribuição.

3. *O rigor da expressão "sentença de mérito" contida no caput do artigo 485, do CPC, tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência.*

4. *O acórdão confirmatório de sentença que decreta extinto o processo sob alegação de incidência de coisa julgada, quando esta não ocorreu, é passível de reforma via ação rescisória.*

5. Recurso especial não provido.⁵³

A particularidade está em que, no caso, não fora até então proferida nos autos qualquer decisão de fundo. O juízo de primeiro grau havia extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender presente o impedimento da coisa julgada firmada em processo anterior; o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em grau de apelação, confirmara o decidido. A parte vencida veio a manejar ação rescisória, diante do mesmo Tribunal, na qual obteve ganho de causa, resultando rescindido o julgado anterior. O recurso ora em menção impugnava o acórdão mediante recurso especial, desprovido pelo Tribunal Superior. Como

⁵³ STJ, REsp 395.139/RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, v.u., J. 07.05.2002, DJU 10.06.2002, p. 149 (grifo nosso).

dito antes, esse aresto passa além do que sustentamos aqui, pois o *meritum causae* não fora tocado em momento algum pelos decisórios antecedentes. Vê-se, então, que os Tribunais – tanto o regional quanto o superior – chegaram a resultado ainda mais avançado em relação ao sustentado neste estudo.

Após considerações sobre a raridade do caso, o relator assinalou: “Não obstante o Tribunal Estadual haver confirmado sentença que decretou extinto o processo sem julgamento do *meritum causae*, não é dado ao Poder Judiciário abster-se de reparar o próprio erro, sob pena de incorrer em erro maior”. Foi prestigiado, também nesse caso, o princípio segundo o qual não se pode negar a via da rescisória à parte a quem já não se oferece qualquer outro caminho para busca do seu direito, tal como no caso: embora a decisão rescindenda, a rigor, seja catalogada como alheia ao mérito (enquadrável no art. 267, inciso V, do então vigente CPC), a existência de coisa julgada impeditiva obstará o acesso à jurisdição por qualquer outra vereda. Esse foi o fundamento central do acórdão regional, que a instância superior placitou.

Em outro recurso especial, no qual se debatia, entre outros temas, o cabimento da rescisória para rever o montante dos honorários advocatícios sucumbenciais, o Tribunal balizador da jurisprudência nacional lançou o disco ainda mais longe, ao termo de um aceso debate no âmbito da Turma julgadora. Ocorreu, então, a desconsideração pura e simples da exigência legal do antigo art. 485, *caput*, ao ponto de preconizar-se exegese deveras ousada, conquanto amparada a uma conhecida lição de Pontes de Miranda nesse sentido:

[...] 4. A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar “sentença de mérito” o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a “sentença definitiva”, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. Conforme lição de Pontes de Miranda: “A despeito de no art. 485 do Código de Processo Civil se falar de ‘sentença de mérito’, qualquer sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267) e dê ensejo a algum dos pressupostos do art. 485, I-IX, pode ser rescindida”. (*Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 171)⁵⁴

⁵⁴ REsp 1.217.321/SC, 2ª T., Rel. vencido Min. Herman Benjamin, Rel. p/o Ac. Min. Mauro Campbell Marques, 18.10.2012. Nesses autos, viriam a ser rejeitados embargos de divergência, com sucessivos e

Como é bem sabido, Pontes de Miranda manteve sempre que as sentenças todas são rescindíveis, desde que se amoldem a alguma das previsões específicas dos incisos do art. 485 do texto normativo de 1973, sem importar que sejam ou não de mérito – não apenas no livro citado nessa ementa, mas também em sua conhecida e prestigiada obra de comentários ao mencionado estatuto processual, na qual chega a recomendar que se “abstraia” da menção ao mérito no cabeço do artigo⁵⁵.

Sem dúvida, essas posições mais extremadas podem ser de difícil sustentação, certo que se atritam com a literalidade rígida do dispositivo legal em contrário e com ele talvez não se possam conciliar pela via interpretativa. Mas serve a lembrança delas a dois propósitos: demonstram a imperiosa necessidade de relativizar-se em alguma medida o aludido comando legal e indicam que a proposta aqui defendida, mais conservadora, nada tem de radical em face das que se têm sugerido na doutrina e na jurisprudência. Com efeito, dita proposta atende à condição genérica de rescindibilidade – ser de mérito o julgamento rescindendo –, mas proporciona uma abertura para que ele, o mérito, seja buscado em ato judicial diverso daquele a ser rescindido, a ele vinculado por um certo traço de conexão, quando não de integração entre ambos. Para esse efeito, como ficou visto, é de crucial importância a visão do *julgamento* em sua unidade, como entidade singular, ainda que complexa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSIVAS

Como de início sustentamos, a verdadeira *res iudicata* (isto é, a material) depende, para sua formação, da chamada coisa julgada formal, a saber, a preclusão que se abate sobre o ato decisório, imunizando-o ao ataque recursal e impondo silêncio definitivo às partes sobre o decidido, no âmbito do processo. Mas aquela é muito mais do que mera preclusão: é uma intervenção na esfera do Direito Material, em cujo plano a relação jurídica da qual tratava o processo

frustrados recursos subsequentes, pela Corte Especial (último julgamento em 02.12.2015. com rejeição de embargos de declaração). Cabe anotar um erro material da ementa, na primeira frase transcrita: “sentença de mérito” e “sentença definitiva” são expressões equivalentes, não contrapostas como sugere o texto.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, t. VI, p. 166, 174 e *passim*, ao longo dos comentários ao art. 485. Por exemplo: “Quando a sentença tem força formal de coisa julgada e não na tem material, também cabe ação rescisória. A ação rescisória nada tem, aí, com o conceito de coisa julgada material” (grifo no original). Essa posição, que não acompanho, dificilmente se conciliaria com a disposição legal expressa. Sergio Bermudes, em nota a esse texto, parece manifestar discordância, mas não se alonga no tema.

subtrai-se à regência da lei, norma abstrata, e passa a governar-se exclusivamente pela regra concreta expressa no julgado. É nesse sentido que a coisa julgada material opera uma substituição da lei pela sentença⁵⁶.

É imperativo ter-se presente esse conceito quando se cuida da rescindibilidade das sentenças e, particularmente, da exigência posta no art. 966, *caput*, do Código de Processo Civil quanto a ser a sentença de mérito. Nesse, como em qualquer outro contexto, sentença de mérito é aquela apta a fazer coisa julgada material, embora a menção ao trânsito em julgado, também presente no artigo, pertença mais propriamente ao conceito formal de coisa julgada.

Na aplicação desse texto normativo – permitida seja a reiteração –, importa muito atentar-se a que o ato de julgamento pode ser complexo, desdobrando-se em momentos diversos e eventualmente requerendo a participação de mais de um órgão jurisdicional. Para os efeitos do artigo, será preciso ver o julgamento como um só, ainda que sua integração se faça com essa intervenção múltipla. Esse é um problema que não se apresenta na grande maioria dos casos, porque, provido ou desprovido o recurso, o julgado de grau superior substitui o recorrido. Mas, se do recurso não conhece o órgão *ad quem*, a substituição não ocorre, e o eventual erro do julgamento recursal fará com que transite em julgado o decisório recorrido – independentemente de ser este rescindível, ou não, por outro motivo.

Tem-se, então, a subsistência do julgado recorrido, que perdura íntegro em suas disposições e eficácia, aparentemente sem modificação alguma, mas acrescido de um *plus*: o trânsito em julgado. Pode dar-se, pois, que a sentença de primeiro grau – na qual o mérito foi decidido – não apresente qualquer dos vícios de que cuidam os incisos do art. 966, sendo, por isso, imune à rescisão, mas que, de outra banda, o decidido pela instância superior esteja eivado de alguma dessas baldas. Como este último não é em si mesmo de mérito, seria fácil negar-lhe ingresso ao âmbito da ação rescisória, mas isso contradiria os próprios objetivos do instituto, mantendo imune à rescisão um julgado em que se acha presente um dos mais graves dos defeitos que lhe dão lugar e que ensejou a formação da coisa julgada. O potencial de dano à ordem jurídica não é menor nesse caso do que em outro qualquer; pode ser até mais grave.

⁵⁶ Daí a importância, em que também insisto, de identificar-se a coisa julgada material como o próprio conteúdo da sentença – isto é, do julgado –, e não a sua imutabilidade, como continua a defini-la, por exemplo, Fredie Didier Jr. (*Curso de direito processual civil*. Salvador, JusPodivm, v. 2, 2008. p. 552 e ss.).

Por isso, mantemos que a ação rescisória é cabível em tal hipótese, sem ofensa ao texto legal mencionado, porque os dois requisitos estão presentes: a resolução do mérito e o trânsito em julgado. O dado acidental de se acharem em diferentes atos e momentos do processo é irrelevante, sobretudo quando se considera que, em um e em outro, exercitou-se a jurisdição sobre uma mesma lide, sendo o julgamento, visto em sua concepção mais abrangente, um só e único, conquanto desdobrado em momentos e atos formais diversos.

Essa ideia sempre encontrou apoio em setores importantes da doutrina e tem sido prestigiada pela jurisprudência, particularmente a do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, em ambas podem-se encontrar posições mais inovadoras do que a sustentada neste estudo, em certos casos, dispensando até mesmo a presença do julgamento de mérito na decisão rescindenda ou em qualquer outra proferida no mesmo processo. A fixação do princípio, mesmo agora, na vigência do § 2º do art. 966, continua a ser importante, seja em contemplação das demandas rescisórias pendentes, aforadas antes de sua vigência, seja na interpretação do próprio dispositivo, que não prima pela clareza.

REFERÊNCIAS

- ALLORIO, Enrico. Critica della teoria del giudicato implicito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, p. 245, Padova, Cedam, 1933.
- _____. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milão, A. Giuffrè, 1935.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo, Atlas, v. 2, 2012.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, 1974.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 37, p. 103, [S.l.: s.n.], 1983.
- _____. *Curso de processo civil*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. V, 2012.
- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- _____. *Notas à 3ª edição dos Comentários ao Código de Processo Civil de Pontes de Miranda*. Rio de Janeiro, Forense, 1988.

BUENO VIDIGAL, Luiz Eulálio de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. VI, 1974.

_____. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo, Saraiva, 1948.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1956.

CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (org.). *Direito processual - Inovações e perspectivas - Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira*. São Paulo, Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles, Morano, 1958.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova, Cedam, 1933.

CASTRO MENDES, João de. *Limites objectivos do caso julgado*. Lisboa, Ática, 1965.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador, JusPodivm, v. 2, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Julgamento do mérito em apelação. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (org.). *Direito processual - Inovações e perspectivas - Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. *Capítulos de sentença*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Malheiros, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ensaio de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. Extinção do processo e mérito da causa. *Saneamento do processo - Homenagem ao Professor Galeno Lacerda*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, p. 15 e ss., 1990.

_____. Réu não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória. *Revista de Processo*, ano XII, n. 48, out.-dez., p. 28 e ss., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 4, t. 2, 2007.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, v. 2, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Notas à 2ª edição brasileira do livro de Liebman "Eficácia e autoridade da sentença"*. Rio de Janeiro, [s.n.], 1981.

LEBRE DE FREITAS, João. *Introdução ao processo civil*. Coimbra, Coimbra, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza. *Obrigações recíprocas*. Lisboa, [s.n.], 1856.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. III, 1959.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, v. 3, 1975.

- MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva fracionada da causa. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 31, p. 22-23, São Paulo, Malheiros, 2004.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. II, 2003.
- _____. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 1961.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro, V. Maia, 1918.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. reimp. Campinas, Bookseller, 1998.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 1980.
- RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. I, 2010.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo, Malheiros, 2005.

Submissão em: 30.04.2018

Avaliado em: 06.08.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 03.08.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 06.08.2018

O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

THE UNFAIR ENRICHMENT AND THE INNOCENCE PRESUMPTION AND NON-SELF-INCRIMINATION CONSTITUTIONAL GUARANTEES

Brenno Gimenes Cesca¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; direito penal.

RESUMO: Procurando confeccionar mais um mecanismo de luta contra a corrupção, e em atendimento a tratados internacionais dos quais é signatário o Estado brasileiro, disciplinou o Projeto de Lei do Novo Código Penal (PLS 156/2012) a criminalização do enriquecimento injustificado, que tem despertado diversos questionamentos. No presente artigo, será analisada essa criminalização em face de duas garantias constitucionais: presunção da inocência e não autoincriminação. Antes, porém, será exposta a criminalização do enriquecimento injustificado no panorama internacional, invocando tratados internacionais sobre o tema e experiências na Europa e na América do Sul, sem se

olvidar, ainda, dos aspectos gerais do crime de enriquecimento ilícito previsto no Projeto do Novo Código Penal.

ABSTRACT: *In order to have another mechanism to combat corruption, and in compliance with international treaties signed by Brazil, The New Criminal Code Proposition (PLS 156/2012) disciplined the crime of unfair enrichment, which has raised many questions. In this article, it is analysed this criminalization in the view of two constitutional guarantees: innocence presumption and non self-incrimination. First, however, the criminalization of unfair enrichment on the international scene will be exposed, invoking international treaties on the subject and experiences in Europe and South America, not forgetting also the general aspects of the new crime of unfair enrichment in the New Criminal Code Proposition.*

¹ Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP, São Paulo/SP, Brasil). Professor em Cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura (EPM, São Paulo/SP, Brasil). E-mail: brennogc@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6944140884806811>>.

PALAVRAS-CHAVE: enriquecimento injustificado; tratados internacionais; experiências europeia e sul-americana; Projeto de Lei do Novo Código Penal brasileiro (PLS 156/2009); garantias da presunção da inocência e não autoincriminação.

KEYWORDS: *unfair enrichment; international treaties; european and south american experiences; new brazilian Criminal Code proposition (PLS 156/2009); innocence presumption and non self-incrimination constitutional guarantees.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O enriquecimento injustificado e os tratados internacionais; 2 A criminalização do enriquecimento injustificado no Direito estrangeiro; 3 O projeto do novo Código Penal brasileiro e o enriquecimento injustificado – Aspectos gerais; 4 O enriquecimento injustificado no projeto do novo Código Penal e as garantias constitucionais da presunção da inocência e da não autoincriminação; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The unfair enrichment and international treaties; 2 The criminalization of unfair enrichment in the foreign law; 3 The New Brazilian Criminal Code Proposition and the unfair enrichment – General aspects; 4 Unfair enrichment in the New Brazilian Criminal Code Proposition and the innocence presumption and non self-incrimination constitutional guarantees; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

É inquestionável que a Administração Pública exerce um papel fundamental para preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Dela depende a concretização de direitos sociais fundamentais, como saúde, educação, alimentação, trabalho, habitação, lazer, segurança pública, enfim, direitos essenciais para a própria sobrevivência humana, com o mínimo de dignidade.

A concretização de tais direitos é incompatível com uma administração desonesta. Fundamental, portanto, que todo agente público – desde o mais alto escalão até o mais baixo – atue com observância irrestrita aos princípios que regem a boa Administração Pública, não sendo por outro motivo que foram eles cristalizados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, um dos mais graves problemas enfrentados pela coletividade é justamente o de garantir uma administração proba.

Já antes da Constituinte de 1988 era consenso que a tutela meramente penal, pela tipificação dos crimes contra a Administração Pública no Código Penal, e bem assim dos delitos de responsabilidade praticados por presidente da República (Lei nº 1.079/1950), prefeitos e vereadores (Decreto-Lei nº 201/1967), era insuficiente à salvaguarda da Administração Pública, seja pelo formalismo excessivo do processo penal, com sua conseqüente demora de solução, seja pela rigorosa exigência probatória no tocante à existência e autoria delitiva (apenas juízo seguro, acima de qualquer dúvida razoável, pode ensejar a condenação criminal).

Ao lado, pois, de estabelecer os princípios regentes da Administração Pública, o § 4º do art. 37 da Constituição Federal prescreve que os atos de improbidade administrativa importarão sanções civis: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Regulamentando o comando constitucional, em 1992, foi promulgada a Lei nº 8.429 - Lei de Improbidade Administrativa (LIA) -, curiosamente assinada pelo Ex-Presidente Fernando Collor.

A LIA prevê três classes de atos de improbidade administrativa: a) que importam enriquecimento ilícito; b) que causam prejuízo ao Erário; e c) que atentam quanto aos princípios da Administração Pública.

As reprimendas, em linhas gerais, são as já referidas, aplicáveis inclusive cumulativamente.

Leis diversas posteriores à LIA têm por escopo tutelar a Administração Pública, como, por exemplo, a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013).

A luta contra a corrupção, todavia, não é exclusividade nacional, de modo que o Brasil, atento às demandas de um mundo globalizado e ciente da importância da cooperação internacional na extirpação deste mal, firmou diversos tratados internacionais sobre o tema, incorporando-os em seu ordenamento jurídico, destacando-se a Convenção da ONU (2003)² e a Convenção Interamericana (1996)³.

² Integrante de nosso ordenamento em razão do Decreto nº 5.687, de 31.01.2006.

³ Incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 4.410, de 07.10.2002.

Os Estados signatários destes tratados comprometem-se a implementar diversas medidas relacionadas à prevenção da corrupção; sua criminalização e aplicação da lei; cooperação jurídica internacional; e recuperação de ativos.

É nesse cenário que surge a ideia da criminalização do enriquecimento injustificado, que tem despertado diversos questionamentos.

É objeto do presente artigo essa criminalização em face de duas garantias constitucionais: *presunção da inocência* e *não autoincriminação*.

Antes, porém, afigura-se necessário expor a criminalização do enriquecimento injustificado no panorama internacional, invocando tratados internacionais sobre o tema e experiências na Europa e na América do Sul, sem se olvidar, ainda, dos aspectos gerais do crime de enriquecimento ilícito previsto no projeto do novo Código Penal.

Impende registrar que na presente pesquisa serão utilizados os métodos dialético, dedutivo e comparístico⁴.

1 O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A dificuldade maior no combate à corrupção reside em que, ao contrário do que se passa no mais das vezes em outros crimes, em que o sujeito passivo comumente busca sua elucidação, noticiando sua ocorrência, todas as suas circunstâncias, e auxiliando os órgãos estatais responsáveis pela investigação e pela persecução penal, como sucede, por exemplo, nos crimes contra a pessoa, o patrimônio e a dignidade sexual, os envolvidos em crimes de corrupção, por incorrerem suas condutas em tipos penais diversos (corrupção ativa e passiva, *e.g.*), primam por, de todas as formas, camuflar a existência e a autoria das condutas, dificultando sobremaneira a sua descoberta e punição.

Daí porque, a despeito de todos os instrumentos atualmente à disposição para seu combate, mundialmente concluiu-se que novel estratégia poderia ser importante, a qual, atuando em conjunto com as demais, poderia tornar o combate

⁴ O significado destes métodos são os propostos por Marchi (2009, p. 86-87). Assim, método dialético é “análise e discussão das posições doutrinárias antagônicas em face de cada argumento ou problema”, e método comparístico, a seu turno, a “abordagem do direito comparado”.

à corrupção mais eficaz: a criminalização do enriquecimento injustificado de funcionário público.

Assim é que, a Convenção Interamericana contra a Corrupção prescreve em seu art. IX:

Enriquecimento ilícito. Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a seu turno, reza:

Art. 20. Enriquecimento ilícito. Com sujeição à sua Constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Observe-se que o Brasil não formalizou qualquer reserva em face destas disposições (como fizeram, por exemplo, Estados Unidos e Reino Unido⁵), de modo que, respeitada sua Constituição e os princípios fundamentais de nosso direito, deve adotar as medidas necessárias para a criminalização ventilada.

Adiante (item 4) será analisada a possibilidade, à luz das garantias constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação, de o Estado brasileiro cumprir este compromisso internacional.

⁵ Maiores informações disponíveis em: <www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/IRG.html>. Acesso em: 15 fev. 2016.

2 A CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO NO DIREITO ESTRANGEIRO

2.1 AS EXPERIÊNCIAS EUROPEIAS

Três países europeus destacam-se na criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público: Portugal, Itália e França.

Cabe ressaltar que a criminalização desta conduta permanece vigente apenas na França, já que em Portugal e na Itália as respectivas Cortes Constitucionais declararam inconstitucionais estas normas penais incriminadoras.

Vejamolas.

O art. 321-6 do Código Penal francês, com a redação dada pela Lei nº 2006-64 (23.01.2006), dispõe sobre o crime de *não justificação de rendimentos*, inserido na seção dos crimes “assemelhados ou conexos à receptação”:

Art. 321-6. O fato de não poder justificar os recursos que correspondam ao seu nível de vida ou de não poder justificar a origem de um bem de que tem a detenção, enquanto há uma relação habitual com uma ou mais pessoas envolvidas na prática de crimes ou delitos puníveis com pena de prisão de pelo menos cinco anos e de proporcionar-lhes um benefício direto ou indireto, ou que sejam as vítimas destes crimes, é punível com três anos de prisão e 75.000 euros.

É punível com as mesmas penas o fato de facilitar a justificação de recursos fictícios para as pessoas envolvidas na prática de crimes ou delitos com pena de prisão de pelo menos cinco anos e de proporcionar-lhes um benefício direto ou indireto.⁶

⁶ Tradução livre. Eis a redação original do *Code Pénal*: “Article 321-6°. *Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect*”.

Na Itália, o § 2º do art. 12 da Lei nº 356, de 1992, dispõe:

Para além dos casos previstos no nº 1 e artigos 648, 648-bis e 648-ter do Código Penal, aqueles investigados por um dos crimes previstos por estes artigos ou crimes relacionados com o contrabando, ou por crimes cometidos com as condições previstas no artigo 416-bis do Código Penal ou a fim de facilitar as atividades das associações mencionadas pelo referido artigo, bem como para os crimes previstos nos artigos 416-bis, 629, 630, 644 e 644-bis do Código Penal e nos artigos 73 e 74 da lei de drogas aprovada pelo Decreto do Presidente da República, em outubro de 1990, nº 309, ou contra quem se procede à aplicação de uma medida de prevenção pessoal, os quais, mesmo através de uma interposta pessoa física ou jurídica, são titulares ou possuem a disponibilidade a qualquer título de dinheiro, bens ou outros ativos desproporcionais ao valor de seus rendimentos declarados para efeitos de imposto de renda, ou de sua atividade econômica, cuja legítima origem não podem justificar, serão punidos com pena de reclusão de dois a quatro anos, além do confisco do dinheiro, bens ou outras utilidades.⁷

Esta norma penal, pela Sentença nº 48, de 09.02.1994, foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional italiana por violar a presunção de inocência, na medida em que a circunstância de alguém estar sendo investigado não basta à tipificação de uma conduta que o legislador repute criminoso.

⁷ Tradução livre. É a redação original: “2. *Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dagli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, coloro nei cui confronti sono svolte indagini per uno dei delitti previsti dai predetti articoli o dei delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-bis, 629, 630, 644 e 644-bis del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, revenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica ottobre 1990, n. 309 ovvero nei cui confronti si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza, sono puniti con la reclusione da due a quattro anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati*”.

Já em Portugal, o Decreto n^o 37/XII tipificou, nos arts. 335-A e 386 do Código Penal português, bem assim no art. 37-A da Lei n^o 34/87, o enriquecimento ilícito, *in verbis*:

Art. 335-A. Enriquecimento ilícito.

1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n^o 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n^o 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n^o 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

Art. 386. Enriquecimento ilícito por funcionário.

1 - O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no nº 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimento

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no nº 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no nº 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.

Art. 27-A. Enriquecimento ilícito.

1 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções

públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no nº 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no nº 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no nº 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.

Estes dispositivos legais foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 179/12), que decidiu não se coadunarem com a presunção de inocência e por caracterizar inversão do ônus

da prova quanto à elementar “sem origem lícita determinada”, havendo, ainda, a impossibilidade de se discernir um bem jurídico penalmente tutelável.

2.2 AS EXPERIÊNCIAS SULAMERICANAS

No continente sulamericano merecem menção as legislações argentina, chilena e colombiana, valendo ressaltar que os dispositivos dos respectivos países permanecem incólumes.

Na Argentina, o crime de enriquecimento ilícito de funcionário público é tipificado no art. 268 (2) do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 28.188, de 26.10.1999:

Art. 268 (2). Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.⁸

Já no Chile, o enriquecimento injustificado vem insculpido no art. 241-bis, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 20.088, de 2006:

Art. 241-bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante

⁸ Tradução livre: “Será punido com reclusão de dois a seis anos, multa de cinquenta a cem por cento do valor do enriquecimento e inabilitação absoluta perpétua aquele que, ao ser devidamente requerido, não justificar a procedência de um enriquecimento patrimonial apreciável seu ou de pessoa interposta para dissimulá-lo, ocorrido posteriormente à assunção de um cargo ou emprego público, ou até dois anos após haver cessado seu desempenho. Entender-se-á que houve enriquecimento não apenas quando o patrimônio se tenha incrementado com dinheiro coisas ou bens, mas também quando se tiverem sido canceladas multas ou extintas obrigações que o afetavam. A pessoa interposta para dissimular o enriquecimento será reprimida com a mesma pena que o autor do delito”.

e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.⁹

Finalmente, a conduta ventilada é prevista no art. 412 do Código Penal colombiano:

Art. 412. Enriquecimiento ilícito. El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.¹⁰

⁹ Tradução livre: “O empregado público que durante o exercício de seu cargo obtenha um incremento patrimonial relevante e injustificado será sancionado com multa equivalente ao montante do incremento patrimonial indevido e com a pena de inabilitação absoluta temporal para o exercício de cargos e ofícios públicos em seus graus de mínimo a médio. O disposto no inciso anterior não se aplicará se a conduta que deu origem ao incremento patrimonial indevido constitui por si só algum dos delitos previstos no presente título, caso em que se aplicarão as penas cominadas ao respectivo delito. A prova do enriquecimento injustificado a que se refere este artigo será sempre a cargo do Ministério Público”.

¹⁰ Tradução livre: “O servidor público que durante sua vinculação com a administração, ou quem haja desempenhado funções públicas e nos dois anos seguintes à sua desvinculação, obtenha, para si ou para outrem, incremento patrimonial injustificado, sempre que a conduta não constitua outro delito, incorrerá em prisão de seis a dez anos, multa equivalente ao dobro do valor do enriquecimento sem que supere o equivalente a cinquenta mil salários-mínimos legais mensais vigentes e inabilitação para o exercício de direitos e funções públicas de seis a dez anos”.

3 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO - ASPECTOS GERAIS

Como se sabe, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Novo Código Penal brasileiro (PLS 236/2012).

Em sua redação original, previa o projeto, com o *nomen juris* de *enriquecimento ilícito*, o art. 277:

Art. 277. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito.

Pena - prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Esse artigo sofreu mudanças pontuais no decorrer da tramitação, sendo a matéria, no Substitutivo nº 1 (Parecer nº 1.576/2013, da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal), disciplinada no art. 288. Atualmente em análise pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, fora apresentado pelo Senador Vital do Rego (em dezembro de 2014) primeiro relatório, estando a norma incriminadora atualmente inserida no art. 283, assim redigido:

Enriquecimento ilícito

Art. 283. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por quem a ele equiparado, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou por outro meio lícito:

Pena – prisão, de dois a cinco anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do *caput*, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

Antecipando-se às previsíveis críticas quanto ao projeto neste ponto, a comissão encarregada de sua elaboração procurou, desde logo, assinalar:

Objeto de tratados internacionais firmados pelo Brasil, a criminalização do enriquecimento ilícito mostra-se como instrumento adequado para a proteção da lisura da administração pública e o patrimônio social. Não cabe ignorar que o amealhamento de patrimônio incompatível com as rendas lícitas obtidas por servidor público é indício de que houve a prática de antecedente crime contra a administração pública. Notadamente a corrupção e o peculato mostram-se caminhos prováveis para este enriquecimento sem causa. A riqueza sem causa aparente mostra-se, portanto, indício que permitirá a instauração de procedimentos formais de investigação, destinados a verificar se não houve aquisição patrimonial lícita. Não há inversão do ônus da prova, incumbindo à acusação a demonstração processual da incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público. Não se pode olvidar que o servidor público transita num ambiente no qual a transparência deve reinar, distinto do que ocorre no mundo dos privados, que não percebem recursos da sociedade. Daí obrigações como a entrega da declaração de bens a exame pelo controle interno

institucional e pelo Tribunal de Contas. O crime de enriquecimento ilícito, especificamente diante da corrupção administrativa, na qual corruptor e corrupto guardam interesse recíproco no sigilo dos fatos, sinaliza política criminal hábil, buscando consequências e não primórdios (a exemplo da receptação e da lavagem de dinheiro). É criminalização secundária, perfeitamente admitida em nosso direito. Vocaciona-se para dificultar a imensa e nefasta tradição de corrupção administrativa que, de acordo com índices de percepção social, nunca se deteve.

A análise desta previsão em face das garantias constitucionais da presunção da inocência e contra a autoincriminação será realizada no item seguinte, cabendo aqui preliminar classificação deste tipo penal.

Cuida-se de crime próprio (somente podendo ser perpetrado por funcionário público), subsidiário (expressamente), doloso, comissivo (podendo ser praticado apenas por ação), unissubjetivo (podendo ser praticado por um só sujeito). Não admite, ademais, a tentativa.

O bem jurídico tutelado pela norma é a transparência do patrimônio de servidores públicos, o qual, a nosso ver, possui dignidade penal¹¹.

Realmente, não se concebe possa um funcionário público, sujeito a entrega de declaração anual de bens inclusive a seus órgãos correicionais (art. 13 da Lei de Improbidade Administrativa), além da divulgação de seus rendimentos na Internet (conforme Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011), possuir rendas não justificadas, nada impedindo que, ante a transparência que lhe é imposta, sejam seus rendimentos injustificados sujeitos inclusive a perda.

Daí porque impróprio o título dado ao delito; mais adequado seria *enriquecimento injustificado*¹².

¹¹ Para Roxin (2008, p. 56), “*bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.

¹² De se ressaltar, nada impede que enriqueça o funcionário durante o exercício de seu múnus, desde que declare corretamente suas rendas e não haja incompatibilidade entre a função exercida e outras fontes de patrimônio (De Luca; López Casariego, 2004, p. 127).

Deve-se exigir, porém, a fim de dar plena eficácia aos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade, que a desproporção seja substancial (Lessa, 2012, p. 62-64).

E a fim de que não paire dúvidas sobre a questão, e ante as notórias dificuldades de aplicação, por nossa jurisprudência, do conceito de tipicidade material e seu corolário princípio da insignificância, alvitra-se que o advérbio *substancialmente* conste expressamente no tipo penal (anteposto ao adjetivo *incompatível*).

A Corte Suprema da Nação Argentina tem decidido que os bens jurídicos tutelados pela norma são a honestidade, transparência e probidade no desempenho da função pública¹³.

O Conselheiro Carlos Fernandes Cardilla (vencido na decisão do Processo nº 182/2012, da Corte Constitucional portuguesa) abordou a questão do bem jurídico tutelado em seu voto:

E não se vê que falhe aqui a legitimidade jurídico-constitucional da incriminação. O bem jurídico que parece tutelar-se, em qualquer dos tipos legais em causa, é o da transparência das fontes de rendimento, que tem já diversas concretizações no sistema legal, mormente por via da obrigatoriedade da declaração de rendimentos para efeitos de controlo público da riqueza dos titulares de cargos públicos (Lei 4/1983, de 2 de abril). E não pode deixar de reconhecer-se que se trata de um bem em si mesmo socialmente relevante, com particular reflexo na prevenção geral da criminalidade económica e fiscal, e que, em última análise, radica nos deveres inerentes à funcionalidade e justiça do sistema social, sabendo-se que entre os valores e bens consagrados na Constituição e os bens jurídicos dignos de tutela penal não tem de existir uma

¹³ Veja-se, a respeito, Decisão da Causa nº 2737 (Rossi, Domingo Daniel) – R. 30. XLIII; RHE; 01.12.2009, t. 332, p. 2659. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=5061>>. Acesso em: 9 set. 2013.

relação de identidade, mas apenas uma relação de analogia material. (*apud* Bechara, 2012, p. 525)

Na mesma esteira, o voto vencido, no mesmo julgamento, do Conselheiro Vitor Nunes (que considerou constitucional apenas o art. 27-A da Lei nº 34/1987):

Como quer que se designe, existe um bem jurídico com evidente dignidade penal, inerente ao princípio do Estado de direito e com afloramentos expressos noutros lugares da Constituição (por exemplo art. 266º da CRP), que é a confiança ou credibilidade do Estado (*lato sensu*) perante a coletividade e a daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas (bem jurídico imediato da incriminação) que a ocultação da proveniência do património ou rendimentos dos titulares do poder público ou dos intervenientes na gestão de bens e serviços públicos pode pôr em perigo e que legitima o legislador a impor a transparência da situação patrimonial daqueles a quem incumba funcionalmente preparar, manifestar ou executar a vontade do Estado (bem jurídico imediato da incriminação). (*apud* Bechara, 2012, p. 528)

A doutrina argentina também não destoa deste panorama, apontando a transparência como o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora ventilada¹⁴.

Cabe referir, todavia, que a questão é tormentosa, havendo autorizadas vozes a reputar ser inconstitucional esta criminalização à falta de bem jurídico penalmente tutelável.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara (2012, p. 536) obtempera não se mostrar a transparência do funcionário público bem jurídico-penal, constituindo, antes, pressuposto para o bom funcionamento da administração, cujo desvio pode conduzir à ofensa de bens com dignidade penal. A questão, segundo a penalista, tem a ver com o princípio da ofensividade¹⁵.

¹⁴ Luca; López Casariego, 2004, p. 124-130.

¹⁵ Na doutrina estrangeira, na mesma esteira, vale mencionar: De La Fuente, 2004, p. 79-119; Oliver Calderón, 2008, p. 463-480; Sancinetti, 1999, p. 915/968; Smolianski, 2005, p. 895-504.

4 O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A presunção da inocência é prevista na CF, art. 5º, LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”) e na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8, 2 (“toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”).

Corolário dessa garantia é a impossibilidade de, no Direito Processual Penal pátrio, haver inversão do ônus da prova, que, a seu turno, também se liga ao direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), previsto expressamente pela Convenção Americana no art. 8º, 2, g (direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada).

De se assinalar que a Convenção Americana integra o denominado *bloco de constitucionalidade* (Lafer, 2005, p. 16-17), por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal¹⁶, e bem assim por estar o Estado brasileiro sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁷, já tendo sido, inclusive, alvo de condenações¹⁸.

Pois bem.

Deve se registrar, preliminarmente, que a discussão sobre a previsão legislativa de inversão do ônus da prova no processo penal não é nova, devendo ser lembrados, para exemplificar, o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998, e art. 60, § 2º, da Lei de Tóxicos¹⁹.

¹⁶ V. Decreto nº 678/1992.

¹⁷ O Brasil reconheceu, por meio do Decreto-Legislativo nº 89, de 04.12.1998, a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁸ Mencionem-se o Caso Ximenes Lopes *v.* Brasil; Caso Escher e outros *v.* Brasil; Caso Garibaldi *v.* Brasil.

¹⁹ Lei de lavagem de capitais: “Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta lei ou das infrações penais antecedentes. § 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. § 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e

Para Zanóide de Moraes (2010, p. 519/523) a interpretação de que esses dispositivos implicam inversão do ônus probatório (sustentada, entre outros, conforme menciona o processualista, em relação à Lei de Lavagem de Capitais, por Luiz Flávio Gomes e Ada Pellegrini Grinover e, no tocante à Lei de Tóxicos, por Vicente Greco Filho), não parece ser a mais adequada.

Isso porque:

Da leitura de ambos os preceitos destacados percebe-se, em comum, que para a decretação da medida de apreensão, ou outra medida constritiva patrimonial congênere, é necessário que os órgãos persecutórios apresentem “indícios suficientes” de que os bens ou valores, a serem constritos, pertençam ao dito autor do crime e sejam produto ou proveito da infração. Assim, cabe àquelas autoridades demonstrarem, por meio de “indícios suficientes”, que: a) há um crime que comporte aquela medida constritiva; b) os bens a serem constritos são produtos ou proveitos do crime; c) pertencem ou estão relacionados com o imputado.

E arremata mencionado autor que a exigência cabível é a mesma para as medidas assecuratórias em geral (*periculum in mora* e *fumus boni juris*).

Na mesma linha de raciocínio, e em comentário ao dispositivo inscrito na Lei de Lavagem de Dinheiro, as lições de Badaró (2003, p. 369/371) e Saad (2007, p. 145-146).

Essa discussão, já mantida em relação às normas processuais penais ventiladas, agora se renova quanto à de natureza incriminadora em comentário.

custas decorrentes da infração penal” (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012). De se assinalar que a nova redação dada pela Lei nº 12.683/2012 não alterou a substância da norma no que diz respeito à discussão acerca do ônus da prova. Lei de Tóxicos: “Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. § 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão. § 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação”.

Traria, de fato, essa tipificação, se aprovada, inversão do ônus probatório em desfavor do acusado, em flagrante ofensa às garantias constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação?

A matéria, como se sabe, é tormentosa, e a resposta ora dada é fruto de uma primeira reflexão sobre o assunto.

Os defensores de sua inconstitucionalidade são muitos, e têm a sufragar suas teses as reservas feitas pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido à Convenção da ONU, bem como decisões dos tribunais constitucionais da Itália e de Portugal²⁰.

Ousamos, ao menos em uma primeira análise, sustentar a tese contrária, ou seja, de que não há, nessa tipificação, ofensa aos dogmas constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação.

Vejamos.

O delito, como já se deixou assentado alhures, é comissivo, sendo as ações consistentes em *adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo*.

A prova de todas essas elementares cabe ao Ministério Público, e não ao acusado.

A última locução do tipo penal (*ou por outro meio lícito*) deve ser interpretada como uma regra em favor do acusado, ou seja, é disposto que, conquanto a conduta praticada seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu múnus, não será punível se houver compatibilidade com os obtidos *por outro meio lícito*.

Não é imposto, logo, nenhum ônus ao acusado de provar sua inocência, de modo que ele pode manter-se em silêncio sem que esse comportamento implique uma presunção legal de culpabilidade.

Esta última expressão, longe de constituir elemento do tipo penal, é condição objetiva de punibilidade.

²⁰ Na doutrina nacional: Badaró (2013, p. 6-75) e Bechara (2012, p. 503-538). Na doutrina estrangeira: Castro (2002, p. 78-109); De La Fuente (2004, p. 79-119); Oliver Calderón (2008, p. 463-480); Medina Salas (2009, p. 133-152); Sancinetti (1999, p. 915/968); Smolianski (2005, p. 895-504).

Outrossim, cremos que a inscrição desta locução no tipo penal era desnecessária, propondo redação diversa.

Realmente, cabe ao servidor público, em sua declaração de renda anual prestada à receita e aos seus órgãos correicionais, apontar todos os seus rendimentos, sejam amealhados em razão da função pública, ou por conta de outras atividades.

Nessa quadra, um juiz de direito, por exemplo, pode, além deste cargo, exercer atividade acadêmica (magistério e pesquisa, com publicação de obras jurídicas inclusive). Seus rendimentos, nessa hipótese, não se circunscreveriam aos recebidos do Tribunal a que vinculado. Possuiria renda também derivada da atividade acadêmica (a qual, a depender de seu sucesso, seria maior que a percebida com a judicatura). Todas essas suas rendas estariam expostas em sua declaração de ajuste anual.

Fácil perceber, logo, que a despeito de adquirir bens incompatíveis com sua renda derivada do exercício da magistratura, o patrimônio é justificado em razão das demais atividades lícitas, igualmente declaradas.

Se ainda assim possuir rendimento incompatível com todas as rendas lícitas, cabe ao Ministério Público, ao oferecer denúncia, assim demonstrar, não se concebendo possua um juiz de direito fontes de patrimônio não declaradas.

E ainda que essa situação fática absurda ocorra, é lícito ao juiz, investigado ou réu, explanar que possui rendas outras, não declaradas, e ainda assim lícitas, de molde a excluir a punibilidade da conduta.

E isso não implica qualquer inversão do ônus probatório, já que, de antemão, seria impossível saber exercer esse agente público atividade secreta, o que, a despeito de não configurar crime, pouco se coadunaria com a conduta irrepreensível dele exigida, o que mereceria apuração na esfera própria (administrativa).

Seria, portanto, despiciendo tivesse inculpido no tipo penal a expressão “ou por outro meio lícito”, pois é óbvio que se a renda for compatível com qualquer renda lícita, não haverá ilícito penal²¹.

²¹ De se destacar que Badaró (2013, p. 72) entende que, excluído o último elemento do tipo penal, não haveria violação da presunção da inocência por inversão do *onus probandi*, argumentando, todavia, nessa hipótese remanescer a inconstitucionalidade da norma em razão da falta de bem jurídico penalmente tutelável.

Poderia, dessarte – e seria mais preciso –, o tipo ser redigido:

Art. 283. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja substancialmente incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público.

Pena – prisão, de um a cinco anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.²²

Situações análogas acontecem com toda espécie de crime, sem que com isso se cogite de inversão do ônus probatório.

Exemplifique-se.

Amiúde pessoas são investigadas e processadas por sonegação fiscal, comprovando o Ministério Público que a sua movimentação bancária é incompatível com a renda declarada.

Nesse tipo de processo, o Ministério Público comprova todos os elementos do crime, documentalmente (cópia da declaração de rendas dos últimos anos, extratos bancários do período, perícia contábil dando conta da incompatibilidade).

Se o réu nada trouxer ao feito de molde a desconstruir esse acervo probatório, ou ao menos incutir dúvida, certamente será condenado por sonegação fiscal, e isso não implica qualquer inversão do ônus probatório.

Já se sustentar, por exemplo, ser contador, e que não possui a disponibilidade jurídica desses vultosos numerários que entram em sua conta-corrente, que se trata de dinheiro repassado pelos seus clientes para pagar impostos

²² Alvitra-se, ainda, a extirpação do § 1º, pois da redação do *caput* já se extrai seu instante consumativo, sendo desnecessária essa norma explicativa. Na mesma linha, o art. 292 do Substitutivo nº 1 disciplina a figura do funcionário público para fins penais, inclusive por equiparação, sendo despicienda, logo, a explicação constante do *caput* (“ou por quem a ele equiparado”).

deles, não constituindo, logo, renda própria, pelo que não haveria de declará-la, certamente será absolvido.

E essa dinâmica processual não desperta a alegação de que houve inversão do ônus.

Alguém, por exemplo, que é flagrado dentro da casa de outrem, com uma arma em punho, manchas de sangue em seus braços, ao lado do corpo da vítima mortalmente ferida, certamente será processado pelo delito de homicídio e, remanescendo esse o acervo probatório, muito provavelmente condenado.

Sem embargo, se esclarecer que agiu em legítima defesa, explicando que a vítima teve um surto psicótico, queria matá-lo com essa arma de fogo e que conseguiu desarmá-la, não tendo outra alternativa a não ser atirar, possivelmente logre ser absolvido.

Houve, nesse sentido, inversão do ônus? Acreditamos que não. O tipo penal não diz, porque desnecessário, “matar alguém não estando em legítima defesa”. E se dissesse, também não preveria qualquer inversão do ônus probatório. A locução final é implícita, e desnecessária.

Muitos outros exemplos poderiam, nessa linha de raciocínio, ser fornecidos, mas já bastam esses a reforçar a tese de que o presente delito não viola a presunção de inocência, a não autoincriminação, não implicando qualquer inversão do *onus probandi*.

Vale, nessa esteira, transcrever parte do voto do Conselheiro Vitor Gomes (vencido na decisão do Processo nº 182/2012, da Corte Constitucional portuguesa, pois considerou constitucional apenas o art. 27-A da Lei nº 34/1987, ao qual se refere) (*apud* Bechara, 2012, p. 530-532):

Acompanho os termos gerais da análise do princípio constitucional da presunção de inocência do arguido que o acórdão enuncia e que, já por si, em parte afastam os fundamentos do pedido, designadamente quanto à pretensa inversão do ônus da prova. Mas não concordo com o juízo de violação do nº 2 do art. 32º da Constituição, desde logo porque não compartilho o entendimento de que nos tipos penais incriminatórios, tal como se encontram construídos, se presume a

origem criminalmente ilícita da incompatibilidade patrimonial.

O que está em causa [...] é a impossibilidade de determinar a origem lícita do enriquecimento do agente no período abrangido pelo dever declarar, e de declarar com verdade, o patrimônio e rendimentos. Ora, como enfatiza a norma do art. 10º do Decreto, e já decorre dos princípios gerais do processo penal de estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação, incumbe ao Ministério Público (no sentido de que a dúvida se resolve contra a acusação) a prova também deste elemento do tipo. A lei não presume a ilicitude ou culpa do agente relativamente ao crime que se lhe imputa. O que existe é uma inferência de facto de ocultação da origem dos rendimentos face às declarações prévias obrigatoriamente apresentadas e à incongruência com a situação patrimonial revelada por qualquer das acções típicas (adquirir, possuir ou deter...) que, se for abalada em qualquer dos seus pressupostos, conduz à absolvição do arguido quanto a este crime.

Ora, o Tribunal – tal como o TEDH (*v. os casos Radio France vs. France*, de 2004, *Pham Hoang vs. France*, de 1992, e *Salabiaku vs. France*, de 1998, todos disponíveis em: <www.echr.coe.int/echr/> – tem admitido como válida a existência de presunções de facto, desde que o arguido possa desmontar o nexó lógico-inferencial em que a presunção se sustenta e baste a contra-prova (e não a prova do contrário) para assegurar uma decisão favorável ao arguido [...].

Finalmente, não pode considerar-se que a estrutura do tipo colida necessariamente com o conteúdo de sentido do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Nenhuma contribuição se exige do arguido para a prova dos factos constitutivos do tipo e nenhuma conclusão desfavorável ao arguido se retira do seu exercício do direito ao

silêncio. Prestar ou não declarações ou apresentar prova quanto à origem lícita do enriquecimento é opção que o arguido tomará livremente consoante a estratégia da defesa que escolha.

A Corte Suprema da Nação Argentina, como já mencionado anteriormente, tem julgado constitucional do art. 268 (2) do Código Penal, considerando que a cláusula do requerimento e de ausência de justificação deve ser interpretada como uma regra em favor do acusado, e não como uma obrigação de provar sua inocência, de modo que ele pode manter-se em silêncio sem que esse comportamento implique uma presunção legal de culpabilidade.

Ademais, tem reputado que a constatação de um enriquecimento incompatível com as rendas funcionais e o subsequente requerimento ao funcionário não constituem elementos constitutivos do delito, mas condições objetivas de punibilidade.

O juízo de falta de justificação resulta da comprovação, por parte do Ministério Público, com base em dados objetivos, do apreciável aumento patrimonial durante o exercício da função pública²³.

A doutrina a favor da constitucionalidade segue a mesma linha argumentativa, com alguma variação²⁴.

Sumulando, e respeitados os posicionamentos em sentido contrário, a criminalização do enriquecimento injustificado, especialmente diante da proposta de alteração de redação ora feita, atende aos princípios constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação.

CONCLUSÃO

A concretização dos direitos fundamentais é incompatível com uma administração desonesta. A constituição, além de legislação infraconstitucional, busca combater a corrupção.

²³ É o que se extrai, *v.g.*, dos termos da Decisão da Causa n° 2737 (Rossi, Domingo Daniel) - R. 30. XLIII; RHE; 01.12.2009, t. 332, p. 2659. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=5061>>. Acesso em: 9 set. 2013.

²⁴ De Luca; López Casariego (2004, p. 117-150); Magariños (2004, p. 716-727); Otranto (2004, p. 217-224); Sircovich (2012, p. 1197-1202).

O Brasil firmou diversos tratados internacionais sobre o tema, incorporando-os em seu ordenamento jurídico, destacando-se a Convenção da ONU (2003) e a Convenção Interamericana (1996).

É nesse cenário que surge a ideia da criminalização do enriquecimento injustificado, recomendada pelos referidos tratados, tema que tem despertado diversos questionamentos.

Na Europa, criminalizou-se o enriquecimento ilícito na Itália, em Portugal e na França, permanecendo vigente apenas a norma do último país, já que as dos demais foram declaradas inconstitucionais pelas respectivas Cortes Constitucionais.

Na América Latina, destacam-se Argentina, Chile e Colômbia, permanecendo as respectivas normas incólumes.

O projeto do novo Código Penal brasileiro prevê, como *nomen juris* de *enriquecimento ilícito*, no art. 283 (redação conforme primeiro relatório apresentado à Comissão de Constituição e Justiça), a criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público.

Cuida-se de crime próprio, subsidiário, doloso, comissivo e unissubjetivo, não admitindo a forma tentada.

O bem jurídico tutelado pela norma é a transparência do patrimônio de servidores públicos, o qual, a nosso ver, possui dignidade penal.

Impróprio, todavia, o título dado ao delito; mais adequado seria *enriquecimento injustificado*.

Deve-se exigir, porém, a fim de dar plena eficácia aos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade, que a desproporção seja substancial, alvitando-se que o advérbio *substancialmente* conste expressamente no tipo penal (anteposto ao adjetivo *incompatível*).

Consoante sustentamos, essa criminalização não ofende as garantias constitucionais da presunção da inocência e não autoincriminação, não importando qualquer inversão do *onus probandi*.

A prova das elementares (*adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu múnus público*) incumbe ao Ministério Público, e não ao acusado.

A locução final (*ou por outro meio lícito*) é óbvia e desnecessária, devendo, de acordo com a redação ora proposta, ser suprimida da redação do artigo, cujo *caput* seria:

Art. 283. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja substancialmente incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público.

Não se crê seja este instrumento panaceia na luta contra a corrupção, mas apenas um, entre outros tantos, eficaz e válido no combate a esse mal.

Todos os meios possíveis, cíveis e criminais, se revelam importantes no combate à corrupção, para que ao menos possamos mantê-la em níveis toleráveis, já que sua completa erradicação não passa de utopia.

De fato, a sociedade vive uma crise ética. Em uma cultura em que condutas como subornar guardas de trânsito, “colar” em provas e assinar listas de presença em nome de outrem parecem normais, seria demais sonhar que os agentes públicos, oriundos desta mesma sociedade, sejam, em sua totalidade, absolutamente probos.

Essa constatação, porém, não deve esmorecer a luta em busca desse objetivo, bandeira fundamental na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. *Tribuna Virtual IBCCrim*, a. 1, n. 1, p. 6-75, jan./fev. 2013.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BASUALDO, Gabriela B. El delito de enriquecimiento ilícito a la luz de la teoría de Günther Jakobs: a propósito del intento en un fallo reciente de legitimar la figura según la teoría de los roles. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 139-164, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 98, p. 503-538, 2012.

_____. (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2003.

CAIEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 100, p. 454-501, jan./fev. 2013.

CASTRO, Julio César. El enriquecimiento de los funcionarios públicos. *Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Mendoza, n. 3, p. 78-109, 2002.

DE LA FUENTE, Javier Esteban. El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 79-119, 2004.

DE LUCA, Javier Augusto; LÓPEZ CASARIEGO, Julio. Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 117-150, 2004.

FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo. Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del tribunal pleno. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 37-98, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Tiago Cintra. Corrupção: aspectos processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 89, p. 473-494, mar./abr. 2011.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A. Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 11, p. 457-471, 2002.

GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. Criminalização do enriquecimento ilícito: Projeto de Lei (Câmara dos Deputados) nº 5.586/2005. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 157, p. 16-17, dez. 2005.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Bauru: Monole, 2005.

LESSA, Sebastião José. O enriquecimento ilícito do agente público, a Comissão de Reforma do Código Penal, os crimes contra a administração pública e o desvio de recursos públicos. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 76, p. 50-65, out./nov. 2012.

MAGARIÑOS, Mario. El delito de enriquecimiento ilícito: la posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 4, p. 716-727, dez. 2004.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se o enriquecimento ilícito no exercício da função pública. *Revista CEJ*, Brasília, n. 54, p. 14-17, jul./set. 2011.

MEDINA SALAS, Marco Antonio. Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. *Capítulo Criminológico: Revista de las Disciplinas del Control Social*, Maracaibo, n. 1, p. 133-152, jan./mar. 2009.

MINNA, Rosario. Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita. *L'Indice Penale*, Padova, n. 1, p. 195-217, jan./abr. 2002.

MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito. In: RODRIGUEZ COLLAO, Luis (Coord.). *Delito, pena y proceso: libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.

OTRANTO, Guido S. El delito de enriquecerse injustificadamente, el requerimiento de justificación patrimonial y el derecho de defensa en juicio. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 217-224, set. 2004.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REYES ALVARADO, Yesid. La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 6, p. 97-100, ago. 1997.

ROXIN, Klaus. *Derecho penal, parte general – Tomo I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2008.

SAAD GIMENES, Marta Cristina. As medidas assecuratórias do código de processo penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2007.

SANCINETTI, Marcelo A. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: el adiós al estado de derecho. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 5, 8C, p. 915/968, maio 1999.

SIRCOVICH, Jesica Y. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público en el derecho argentino. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 7, p. 1197-1202, jul. 2012.

SMOLIANSKI, Ricardo. Algunas consideraciones con respecto al delito de enriquecimiento ilícito – art. 2658, inc. 2, Código Penal argentino. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 5, p. 895-504, jan. 2005.

TEJADA REYES, Manuel. La convención interamericana contra la corrupción. *Iter Criminis: Revista de Ciencias Penales*, México, n. 10, p. 79-88, mar./abr. 2007.

Submissão em: 21.11.2017

Avaliado em: 14.03.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 15.06.2018 (Avaliador C)

Aceito em: 26.06.2018

O PROBLEMA DA ELABORAÇÃO EXTROVERSA DE PERÍCIA JUDICIAL (O CASE DO EXAME DE DNA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL)

THE PROBLEM OF THE JUNK SCIENCE IN THE LAW OF EVIDENCE (THE CASE OF RIO GRANDE DO SUL ABOUT DNA ISSUE)

Cássio Benvenutti de Castro¹

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul

ÁREA(S) DO DIREITO: processo civil.

RESUMO: O judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, em tempos passados, efetuava o exame de DNA para verificação da paternidade, no Departamento Médico Judiciário (DMJ), órgão desconcentrado do próprio Tribunal de Justiça. Com o *overload* da jurisdição, esse ato processual foi delegado, por meio de convênio, para as dependências do Poder Executivo. Ocorre que a delegação de serviço público – seja extrajudicial ou no bojo de processo judicial – atende a limites vinculados à Constituição e à legislação nacional de regência. Nesses termos, logicamente, o exame não pode apontar um resultado ao arrepio da plena identificação dos pacientes, seja por imagens, seja pela

descrição pormenorizada dos alelos, sob pena de invalável vício de forma e de conteúdo do ato administrativo alavancado. A prova científica é séria, assim como o convênio que a ajustou, daí que imperativos normativos se tornam cogentes. Do contrário, não se tem prova técnica pericial, antes se tem um arremedo ordálico e não identificado de quem se está examinando, o que fere de morte a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a moralidade e a eficiência do serviço público.

ABSTRACT: *The judiciary of the State of Rio Grande do Sul, in the past, made the DNA test, to verify paternity, in the Judicial Medical Department, a decentralized body of the Court of Justice itself. By the overload of jurisdiction, this procedural act was*

¹ Especialista em Ciências Criminais, Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em Direito (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil). Doutorando em Direito (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil). E-mail: cassiobc@tj.rs.gov.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/640619434767796>.

transferred, through an agreement, to the dependencies of the Executive issue. It occurs that the delegation of public service – whether extrajudicial or in the judicial process – complies with limits regulated by the Constitution and national legislation. In these terms, of course, the examination can not point to a result in spite of the full identification of the patients, either by images or by the detailed description of the alleles, under penalty of improper form and content of the leveraged administrative act. The scientific proof is serious, just like the agreement that has adjusted it, that is, normative imperatives become cogent. Otherwise, there is no expert law of evidence, besides that, there is an unidentified game between the patients, relationship that damages the dignity of the human person, the rights, the morality and the rational gestion in the public service.

PALAVRAS-CHAVE: processo civil; verdade; prova pericial; serviço público.

KEYWORDS: *civil process; truth; scientific proof; public issue.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Escorço histórico do caso recorrente no Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul; 2 O convênio entre órgãos ou instituições da Administração Pública; 3 A terceirização imprópria de atividade-fim; 4 A ausência do padrão de qualidade exigido por lei nacional: a falta de identificação do paciente, seja pela inexistência de registro por imagem, seja pela inexistência do elenco de alelos em confronto – uma prática corriqueira em qualquer laboratório, e normativamente cogente, conforme padronagem internacional e ISO/ABNT 17025/17; 5 A impossibilidade de o LACEN fazer uma contraprova; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Historical resume of the case in the judiciary of the State of Rio Grande do Sul; 2 The agreement between organs or institutions of the Public Administration; 3 The improper contract to planify ending activity; 4 The loss of the quality standard required by national law: the lack of identification of the patient, either by the lack of registration by image or by the absence of the cast of confronting alleles – a common practice in any laboratory, and normatively cogent, according to rules and ISO/ABNT 17025/17; 5 The impossibility of checking by LACEN; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A realização de convênios entre entidades ou entre órgãos públicos é prática assentada e com fundamento na legislação nacional. A partir disso, inclusive, também se faculta a terceirização de eventuais atividades decorrentes das necessidades do serviço público encerrados pelas temáticas conveniadas. Contudo, é necessário que as tarefas cuja execução é delegada (no sentido largo) a terceiros atendam a requisitos

legais predeterminados, sob pena da violação frontal tanto da Constituição quanto da legislação nacional de regência.

O objeto do presente estudo é desencobrir o sentido do convênio e, por decorrência, da terceirização no serviço público, em especial no serviço público que desempenha atividade específica em matéria de saúde, em matéria técnica no desempenho de perícia judicial – porque, notoriamente, a perícia judicial se trata de atividade-fim logicamente encadeada ao desenlace do mister jurisdicional e ao serviço público de qualidade.

A justiça, os valores da segurança jurídica bem como o seu vértice realista – a verdade – acabam sendo afetados pelas práticas administrativas do convênio e da terceirização. Logo, apreender o sentido dessas questões remete à perspectiva do método (do “como” fazer) esse desdobramento, o que ele devolve, se for o caso, em termos de validade do convênio e da terceirização, no serviço público, para a execução de perícia, em processo judicial.

Uma perspectiva analítico-funcional: a partir do objeto (o sentido ou o estado das coisas) se vislumbram finalidades; desde as finalidades a serem atingidas pelo serviço público (o processo justo), de maneira operativa, pode-se acatar, ou não, a modalidade de elaboração administrativa desencadeada. Daí que o ensaio recorta, pontualmente, escolhas que Administração Pública efetuou e que, em seus procedimentos de escolhas, acabam sendo desconformes à natureza dos institutos administrativos em seus próprios fundamentos.

Uma relação de circularidade – o sentido do objeto demonstra o fundamento; e o fundamento da natureza dos institutos remete a um objeto cujo variação “proteiforme” é desconforme ao direito, porque viola a Constituição e a legislação nacional de regência.

Portanto, é decisiva a questão sobre a quem é “delegada” a execução de perícia judicial. Ela pode se tornar judicialiforme ou uma inesperada *junk science*.

1 ESCORÇO HISTÓRICO DO CASO RECORRENTE NO JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

As perícias para a investigação de paternidade, pela técnica do exame de DNA, quando o sujeito era agraciado pela gratuidade da justiça, seriam efetuadas pelo Departamento Médico Judiciário (DMJ) ou por intermediação desse órgão,

que dispõe de servidores estatutários² e está coarctado à desconcentração do TJRS. Até se poderia contratar empresas, por licitação, para elaborar um laudo, com a supervisão ou com a coleta de material genético perante os agentes públicos do Judiciário.

O que interessa é a maneira como se operava a perícia: por órgão do TJRS ou por desconcentração prevista a órgão especializado com função específica para tal mister.

No ano de 2007, a Corregedoria-Geral de Justiça chegou a traçar o programa “Paternidade Legal”, no qual, na própria audiência, perante servidores públicos e perante o juiz de direito, a coleta de material genético seria efetuada. Ou seja, tratava-se de uma demanda com caráter oficial, porque celebrada *com e pela* a supervisão de servidores de carreira.

Afinal, tratava-se de serviço público *in fine*, na acepção estrita da natureza das coisas.

Saliente-se que tal serviço era prestado àqueles que gozavam, dentro da legalidade, da justiça gratuita – na época do CPC/1973 –, da AJG. Portanto, a “paternidade legal” não ocorria indiscriminadamente, para qualquer parte, ou

² Comumente adotado em Estados que exprimem uma organização governamental hierárquica, o perito é figura auxiliar do Tribunal. Assim, ele ganha em “neutralidade” a partir da nomeação pelo juiz. A participação do juiz é nota candente no tema dessa prova técnica, porque a confiança depositada, na prova pericial, está relacionada ao grau de “desinteresse” do perito em relação ao objeto do processo. Assim como se fala na imparcialidade ou estraneidade do juiz, o perito deve ser um desinteressado no objeto do processo e não apresentar tendência de parcialização para com os litigantes. Ver DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile, *passim*.

Ocorre que, no caso, quando o Judiciário transfere a execução da perícia para o Poder Executivo, duas contingências devem ser levadas em conta: ou a perícia é realizada com os cuidados das normas técnicas de referência (o que não acontece, comumente – sem imagem e sem determinação do conteúdo dos alelos) ou os técnicos encarregados devem estar protegidos pelas mesmas garantias que os agentes públicos do Judiciário.

Aqui o ponto – o Poder Executivo do Rio Grande do Sul conta com um quadro de pessoal com salários parcelados e uma sistemática de notória desestruturação. Tanto que o convênio firmado entre o TJRS e o Poder Executivo foi desfeito, no despertar do ano de 2018.

Nesses termos, impossível denominar o Lacen (ou quem faça as respectivas vezes) de DMJ. Eles compõem órgãos diversos, com estrutura diversa, com salários diversos, com possibilidades e contingências escorregadias para irregularidades diversas. Tudo é diferente. Daí que, quanto maior o grau de desvantagens, maior deve ser o ônus argumentativo da perícia conveniada – situação que não acontece na prática.

O Lacen elabora uma perícia sem conteúdo pormenorizado e sem identificação das partes, fulmina as leis de informação aos usuários de serviços públicos. Nos termos de Damaska, a prática adotada encerra uma ciência à deriva – um jogo de perde-perde.

não deveria ocorrer para quem ludibriasse a administração da Justiça, e não fizesse jus à AJG.

O programa apontava finalidade tipificada ou específica, princípios reitores da gestão do serviço público.

Devido ao *overload* jurisdicional, nem todos os exames poderiam ser efetuados em audiência nessa tipologia programada. Logo, laboratório público acabava sendo chamado para socorrer a jurisdição e, por meio de servidores estatutários, efetuar a coleta e o encaminhamento das perícias.

No mesmo ano de 2007, além do programa engenhado pela CGJ, as perícias, também, para os beneficiários da AJG, inclusive, eram realizadas pela Fundação Estadual de Produção e Pesquisa em Saúde (Fepps), cujo órgão *descentralizado* (do Judiciário) seria o Centro de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CDCT). Note-se o desdobramento interno do serviço público bem como as condições específicas para a realização do exame – um órgão decorrente da desconcentração administrativa (desconcentração entre Fepps e CDCT, mas descentralização em relação ao Judiciário) realizava perícias, e os exames deveriam ser restritos aos sujeitos credenciados pela AJG.

O Projeto de Lei Estadual nº 315/2015 extinguiu a Fepps, e deixou a prestação do serviço de perícias ao encargo do Lacen (Laboratório Central do Estado do Rio Grande do Sul).

Trocou-se a denominação; porém, a modalidade da empreitada continuou sendo similar (Projeto posteriormente convertido na Lei Estadual nº 14.977/2017, e regulamentado pelo Decreto Estadual nº 53.493/2017).

Duas peculiaridades saltam aos olhos: o órgão público LACEN não se trata de órgão judicial (DMJ)³, antes encerra um braço do Poder Executivo ao qual é

³ A titularidade da realização do exame de DNA pelo Departamento Médico Judiciário (DMJ) eleva o serviço a perito oficial do juízo.

De outro lado, embora em regime de convênio, quando o exame é repassado para o Poder Executivo (órgão Lacen e seu braço departamentado), já não se pode falar em realização de perícia pelo DMJ, porque o Poder Executivo é alheio aos quadros do Judiciário. O convênio não se cuida de uma delegação própria da execução do serviço público – ocorre que nisso, mesmo, está o caráter impreciso do *groviglio* administrativo.

O Judiciário efetua o pagamento do exame de DNA ao Executivo (ou paga àquele que faz as vezes de Executivo), daí se falar em delegação extroversa, porque atropelada, porque arrepiante dos ajustes comuns tanto em termos de metas quanto em termos orçamentários da realização do serviço público de referência. Inclusive, trata-se de um pagamento que chama a atenção: o exame de DNA custava por volta de uns R\$ 700,00 (ao que parece, por cabeça) para o Estado, e demorava uns 100 dias para ficar

transferida a perícia judicial do DNA – houve uma desconcentração; além disso, a condição para o desempenho do serviço público determinado, judicialmente, reclama especificidade: que o sujeito seja beneficiário da gratuidade da justiça, que a atividade seja tipificada pelo programa sem fins lucrativos e que os padrões de qualidade sejam nacional e internacionalmente apreendidos.

Portanto, caso ocorra irregularidade na concessão da gratuidade da justiça gratuita, o serviço é inválido, porque ilegal; caso o LACEN, por intermédio do departamento desconcentrado (CDCT), terceirize a realização do exame de DNA, devem ser observados os ditames normativos previstos na Constituição e na legislação de regência; caso não ocorra interesse financeiro travestido da ausência de licitação ou por desdobramento normativo de diversas diretrizes que obscurecem a moralidade da Administração, a perícia é inválida, desde a fonte.

Ora, essas situações emplacam vínculos inalienáveis para a validade de um exame de DNA, que, afinal de contas, é um ato processual, mas, também é um ato administrativo processualizado, colocado para dentro do processo.

2 O CONVÊNIO ENTRE ÓRGÃOS OU INSTITUIÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição estabelece a possibilidade da celebração de contratos ou convênios entre entidades ou órgãos públicos:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à

pronto; enquanto, em laboratórios que cumprem as normas técnicas ISO e NBR se encontram testes mais precisos, com conteúdo (decifração de alelos), custando menos de R\$ 400,00 e apresentando o resultado em 24 horas. Aberrações da novela chamada Brasil.

Ou seja, o convênio possui tal denominação, mas, na prática, trata-se de delegação extroversa e onerosa, de um serviço público executado pelo Executivo, mas que sobrecarrega os quadros do overload judiciário.

Isso malfez a oficialidade da perícia. A perícia acaba tendo um valor jurídico não oficial ou uma oficialidade extroversa; uma oficialidade à brasileira. Ver MAFFINI, Rafael. Direito administrativo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 214/5.

continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Em decorrência, a Lei Nacional nº 8.666/1993 estabelece as condições do convênio:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Note-se que é vinculativa a planificação dos recursos financeiros a serem alocados nesse tipo de negócio administrativo. Quando se fala em recursos, em termos de gestão administrativa, a questão atende a um planejamento específico e tipificado, nos próprios misteres do convênio ou contrato celebrado.

A Coisa Pública não pode ser manuseada sem a responsabilidade financeira pertinente que, desde a Constituição e desde a Lei Nacional, pautam os ditames para a utilização de determinados serviços. Então, se um convênio

somente pode abarcar quem é beneficiário da justiça gratuita, a fruição desse serviço por aquele que não faz jus a tal benesse – ainda que irregularmente deferida (ou não analisada pelo juízo) – contamina, na origem, a realização de exames por convênio entre judiciário e executivo.

Sem a antiga AJG (atual gratuidade da justiça), impossível que o exame de DNA seja efetuado pelo convênio articulado com especificidade para a tutela dessas pessoas. Isso contraria a gestão financeira da própria celebração, desde a origem constitucional do certame.

Se a gratuidade da justiça foi deferida contrariamente ao direito?

Ou, se o juízo não analisou a impugnação do deferimento da gratuidade da justiça?

De plano, isso afasta a possibilidade da realização do exame de DNA por intermédio do convênio encetado. Por exemplo, se uma pessoa dispõe de uma renda maior que 5 salários-mínimos, contanto vencimentos em sua totalidade – embora não declarados –, o exame não pode ser efetuado por tal órgão desconcentrado, pena da violação frontal ao texto das citadas normas.

A natureza do ajuste – em outros termos: a estrutura do convênio, em seu conteúdo juridicamente aceito – depende de uma gestão orçamentária vinculada. Isso porque a mútua colaboração (nota típica do convênio) é estritamente dependente da boa gestão financeira dos afazeres predispostos⁴. Em direito administrativo, na temática do serviço público, embora no desdobramento de ato judicial, um vício de origem não é convalidável⁵, porque violenta irremediavelmente a tipificação Constitucional e Legal tarifada.

3 A TERCEIRIZAÇÃO IMPRÓPRIA DE ATIVIDADE-FIM

A terceirização de serviços públicos a particulares é questão delicada.

Em primeiro lugar, porque a execução do serviço não pode encerrar a atividade-fim do titular do serviço (instituição ou órgão público); em segundo lugar, porque os termos do “desdobramento” da execução do serviço (denominado terceirização, mas, também, extroversa), devem atender aos termos

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 297.

⁵ CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação Anulatória*: de acordo com o CPC/1973 e o Projeto do Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2014. p. 226/231.

implicados pela legislação que determinou as diretrizes do serviço público no sentido próprio ou original da esfera administrativa.

A Lei nº 14.977/2017, do Estado do Rio Grande do Sul, extinguiu a Fepps e abriu passagem para o LACEN. O curioso é que vinculou contratação de servidores, para o desempenho de serviço público essencial – uma atividade-fim do órgão –, para situações *emergenciais*:

Art. 9º Os servidores não estáveis serão exonerados, sendo imediatamente pagos e quitados os seus respectivos direitos.

§ 1º Os contratos emergenciais de que tratam a Lei nº 13.111, de 23 de dezembro de 2008, a Lei nº 13.267, de 20 de outubro de 2009, e a Lei nº 13.855, de 26 de dezembro de 2011, e suas alterações, ficam prorrogados pelo Poder Executivo por mais 12 (doze) meses.

§ 2º Após a extinção da Fepps, os contratos emergenciais vigentes passarão a ser gerenciados pela Secretaria da Saúde, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º A renovação dos contratos emergenciais para execução das atividades das áreas técnicas caberá à Secretaria da Saúde, conforme necessidade.

Art. 10. Os servidores cedidos à Fepps retornarão aos seus órgãos ou entidades de origem.

O que isso significa?

A esdrúxula solução de que atividade-fim do órgão criado é desempenhada por servidores, em contratos *emergenciais* (provavelmente, para “dispensar” a licitação), e que, desgraçadamente, são equiparados aos servidores estatutários, embora não tenham prestado concurso público.

Uma perversão administrativa-constitucional.

Note-se que a dispensa da licitação, pela emergencialidade, está prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993. Ainda que ocorra um convênio ou consórcio entre entidades públicas, para o caso do órgão da Secretaria da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul ter finalidade específica, recolhe-se a incidência da hipótese do art. 24, XXVI, da citada lei de regência.

Ora, para que serve a Secretaria da Saúde e os respectivos órgãos – sejam lá o nome que assumirem?

Para prestar serviços específicos tocantes à saúde. Logo, as questões que não são epidêmicas ou endêmicas, que não configuram catástrofes ou situações realmente excepcionais, acabam não sendo emergenciais-contingenciais ao órgão de saúde. Justamente, a prestação do serviço de saúde regular faz parte das atribuições coetâneas à pasta.

A jurisprudência é rígida com o desvio de finalidade.

O STJ decidiu pela falta da *emergencialidade* quando o serviço é previsível ao órgão, quando se trata de regularidade na manutenção do serviço:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO DE CESTAS BÁSICAS. LEI 8.666/1993. DISPENSA. EMERGÊNCIA FABRICADA OU FICTA. ILICITUDE. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANO *IN RE IPSA*. INDENIZAÇÃO PELO CUSTO DE PRODUÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. RELATO DOS FATOS

[...]

DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO

10. Admite-se dispensa de licitação “nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos” (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993).

11. É preciso cautela com a referida contratação sem certame, especialmente em razão das chamadas emergências fabricadas ou fictas: “a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência). O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. Simultaneamente, deverá desencadear-se a licitação indispensável” (*Comentários à Lei de Licitações*, 13. ed., São Paulo, Dialética, 2009, pp. 296). Apura-se o motivo da emergência, se ela ocorreu por falta de planejamento, por desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, se ela não é atribuível, em alguma medida, à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir tal situação.

12. No caso concreto, as premissas fáticas extraídas das decisões proferidas apontam para uma dispensa indevida recorrente, derivada da postura descuidada do administrador. As decisões proferidas reconheceram que “a Administração Pública tinha cabal conhecimento da necessidade da licitação”; “não ocorreu nenhuma situação de emergência ou de calamidade pública”; “a situação foi criada pelos próprios réus que, dolosa ou culposamente, pouco importa, deixaram transcorrer o prazo para se ultimar, de acordo com a lei, a contratação do fornecimento de cestas básicas”. A prova documental referida atesta ainda existirem preços inferiores ao

contratado praticados no varejo e tal informação foi apresentada pelos próprios recorrentes à fl. 164/STJ, ao descreverem os procedimentos de licitação (dado, portanto, incontroverso). É inadmissível o reexame da matéria fática dos autos para identificar a existência ou não de situação emergencial que justifique a contratação na forma do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993. Precedente do STJ.

Recurso especial parcialmente provido para determinar a indenização pelo custo básico das cestas entregues, a ser apurada em liquidação de sentença.

(REsp 1192563/SP, 2010/0079932-5, 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 06.08.2015)

A Lei nº 13.855/2011 do Estado do Rio Grande do Sul estabelece:

Art. 7º Os contratos emergenciais de que trata esta Lei serão regidos, no que couber, pelo regime estatutário disciplinado na Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, com remuneração das funções de igual denominação a dos cargos de que trata a Lei nº 11.771, de 5 de abril de 2002, e alterações, equivalente a das respectivas classes iniciais do Nível I dos cargos de Técnico em Produção e Pesquisa em Saúde e Técnico Superior Administrativo, e na classe inicial do cargo de Agente Técnico em Produção e Pesquisa em Saúde, para uma carga horária semanal de 40 horas.

Ou seja, uma sucessão de leis estaduais simplesmente rasgou o *texto* do art. 37 da Constituição.

O ponto de inflexão do sintagma é o seguinte: um órgão para a prestação de serviço de saúde é criado e desempenha, por convênio (ou como se queira denominar), perícias para a investigação de paternidade (DNA), sem, contudo, adotar os padrões técnicos de qualidade; além disso, um órgão cuja funcionalidade é vinculada à Secretaria da Saúde acaba, por sua feita, transferindo a execução dessas tarefas não se sabe a quem, por sucessivos ou prorrogados contratos *emergenciais*, e simplesmente equiparando – em termos

sintáticos, porque, semanticamente, é impossível – o servidor estatutário ao contratado emergencialmente.

Pode-se alegar que o serviço de perícia é algo técnico, daí se inferindo o art. 13 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II – pareceres, perícias e avaliações em geral;

[...].

Ocorre que o serviço prestado pelo órgão compromissado não é eventual, antes se trata de tarefa necessária e fundamental à própria tutela jurisdicional.

Assim, insustentável que eventual ajuste fique ao alvedrio de contratar ou fazer parceria com quem se quiser, porque antes se deve verificar – com base na técnica e nos padrões de qualidade internacionalmente relevantes – qual a pessoa ou instituto está credenciado para desempenhar uma atividade-fim fundamental.

O argumento da dispensa de licitação ou de uma discricionariedade quedam por consumação, com a simples leitura do art. 1º do Decreto nº 6.170/2007:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União. (Redação dada pelo Decreto nº 8.180, de 2013)

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas *sem fins lucrativos*, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

[...].

Para a qualificação de convênio, necessária a atividade de fomento e a ausência de finalidade financeira.

Vale repetir: ausência de fins lucrativos⁶.

Isso não acontece no programa pericial encetado no Estado do Rio Grande do Sul.

O absurdo está configurado – o Estado do Rio Grande do Sul pagava uns R\$ 700,00 (ao que parece, por cabeça) para que um exame de DNA ficasse pronto em uns 120 dias; em qualquer laboratório, notoriamente pesquisado, no mercado, e que atende a padrões de qualidade (não vislumbrados no Lacen), o exame custa menos de R\$ 400,00, e fica pronto em 24 horas.

Que emergencialidade é essa?

Que falta de finalidade financeira é essa?

O ajuste administrativo firmado – seja o nome que adotar –, em sua essência, está desconforme com a Constituição e com a legislação de regência.

Por que a Administração Pública lança mão dessa série de normas, intrincados desdobramentos, se o desempenho da atividade referente à saúde pública é serviço essencial?

⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Negócio jurídico para a prestação de serviços por entidade do terceiro setor: natureza jurídica, requisitos, critérios e procedimento para a celebração do ajuste. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, *passim*, jul./dez. 2007.

A resposta é simples: para driblar a “emergencialidade” e a visualização da “atividade-fim” dos diversos órgãos que algo se “perde” na desconcentração-descentralização administrativa.

Inclusive, porque é vedado terceirizar – no sentido técnico e no sentido largo – uma atividade-fim, segundo o Decreto nº 2.271/1997 da República:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Tudo faz parte de um plano (escuso); nada transparente.

Dois coelhos fenecem por aberração jurídica. De um lado, o serviço público essencial é transferido a quem não teria, segundo a tipificação legal, incumbência para tal mister; de outro lado, “tudo” é emergência, ou “nada” é emergência, porque parece que a execução dos trabalhos do Lacen (antiga Fepps) foram alcançados a técnicos sem a credencial administrativa para o desempenho desse serviço.

Uma coisa é certa: jamais se pode denominar o Lacen, o CDCT, a Fepps, ou qualquer contratado “emergencial” de DMJ (Departamento Médico Judiciário).

Sob pena do Judiciário se encerrar nessa lambança administrativa, cuja finalidade desborda da legalidade e da constitucionalidade – cuja finalidade parece ser mais financeira do que de fomento e de efetiva prestação de serviço

público isento, imparcial e de qualidade (atendendo a normas técnicas nacionais e internacionais).

4 A AUSÊNCIA DO PADRÃO DE QUALIDADE EXIGIDO POR LEI NACIONAL: A FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DO PACIENTE, SEJA PELA INEXISTÊNCIA DE REGISTRO POR IMAGEM, SEJA PELA INEXISTÊNCIA DO ELENCO DE ALELOS EM CONFRONTO - UMA PRÁTICA CORRIQUEIRA EM QUALQUER LABORATÓRIO, E NORMATIVAMENTE COGENTE, CONFORME PADRONAGEM INTERNACIONAL E ISO/ABNT 17025/17

Um laboratório que coleta e efetua exames de DNA deve atender a normas técnicas previamente destinadas a manter a lisura, a impessoalidade e, sobretudo, a assertividade dos resultados. Políticas públicas determinam que sejam padronizados procedimentos e qualificações que, minimamente, garantam a segurança do exame.

Nesse sentido, a Lei nº 8.080/1990 determina:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

[...]

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

[...].

O Projeto de Lei nº 1.505/2007 estabelece que o laboratório que elabora perícia referente ao DNA deve atender a requisitos técnicos padronizados:

Art. 2º Para efetuar os exames de determinação de vínculo genético, o laboratório deve estar capacitado e aparelhado para a prática de genética molecular, de acordo com o que dispuser o Regulamento Técnico, autorizado pelo Ministério da Saúde, através de órgão que será responsável pela fiscalização de seus

equipamentos, das técnicas utilizadas e da capacidade técnica dos peritos.

Na verdade, o projeto simplesmente ratifica os princípios da moralidade⁷, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência na prestação dos serviços públicos (art. 37 da CF). A norma configura uma interpretação ou diagramação autêntica daquilo que já está previsto na Constituição – perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Prontamente, verifica-se que o exame pericial manuseado pelo Lacen/RS (DCDT) não atende aos requisitos mínimos e padrões de qualidade tanto encerrados em normas quanto na própria prática.

Quanto à contrariedade aos textos normativos, o laboratório não preenche, procedimentalmente, os padrões de qualidade previstos na ISO/ABNT 17025/17, porque sequer registra, por imagens (foto ou filmagem), de quem é o material genético extraído.

Uma impropriedade que vai ao encontro da prática, da tradição: Por que o programa da “paternidade legal” não apresentava esse tipo de problema? Porque esse exame era realizado em audiência, perante o testemunho do juízo, o que confere legitimidade à perícia.

Em contrário, no Lacen – órgão do Executivo (que não pode ser denominado DMJ) – não existe prova que o material colhido seja da pessoa submetida ao exame. Ainda mais, porque o exame de DNA formulado pelo serviço público conveniado perpetra uma incongruência descritiva inadmissível.

O exame somente reporta o método utilizado (por meio de um padrão de escrita, na primeira folha do exame) e, após, aposta em um resultado. Sem, contudo, elencar a série de alelos que foram examinados⁸.

⁷ A moralidade implica a instituição de mecanismos de controle da atividade administrativa, inclusive no tocante à elaboração de leis e de atos administrativos. As leis de acesso à informação ratificam tal imposição constitucional, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76.

⁸ A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Constitucional (art. 1º, III, da CF). A segurança jurídica é princípio conjugado à dignidade, porque confere, estruturalmente, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade a todas as movimentações da Administração Pública. Tudo sopesado, o importante é que, no Direito brasileiro, a prioridade da pessoa sobre o Estado se torna evidente. Toda e qualquer construção teórica, científica ou retratada por ato administrativo que reporta um exame de DNA deve observar a seguinte legitimidade substancial: o direito, os atos processuais e os atos administrativos são teorizados e servem, em primazia, à pessoa, a partir da dignidade da

A questão é peremptória: o exame entregue, pelo Lacen, pelo Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, contraria a norma 5.10.2, entre outras, da ISO/ABNT 17025/17⁹; daí que não se pode inferir de qual pessoa é o sangue retirado na coleta.

Pior ainda: tal exame apenas aponta um resultado; porém, não elenca a série de alelos que devem ser confrontados¹⁰.

Isso é gravíssimo, porque qualquer laboratório¹¹ elenca os alelos pessoais dos pacientes.

pessoa; e não a partir do Estado, como outrora se pensava no Estado Liberal do século XIX. Daí que segurança jurídica implica função eficaz interpretativa e integrativa derivada, a todas as posições da Administração Pública, sob pena de invalidação do ato administrativo, com base no núcleo duro da Constituição (a dignidade da pessoa). A falta de elenco e cotejo de alelos deixa a descoberto uma obscuridade: Quem foi examinado? Já que não existem imagens tampouco fotografias, de quem é o material genético examinado? Uma falha inconvalidável do laboratório que não atende à padronagem técnica. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 649/651; e MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*, v. 229, *passim*, mar. 2014, *passim*. écnica.

⁹ A validade do exame pericial depende, diretamente, do credenciamento e da qualificação do laboratório. Caso maculada a certificação, assim como maculado o corpo do exame – não havendo a determinabilidade e a cognoscibilidade dos alelos em confronto, o ato administrativo do exame de DNA está comprometido de morte. Ver TARUFO, Michele. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo*, v. 248, *passim*, 2015.

¹⁰ Um teste de paternidade pelo exame de DNA, por antonomásia, efetua um cotejo entre alelos de diferentes indivíduos. Portanto, quando apenas se apresenta um resultado X, sem, contudo, indicar o somatório da análise determinativa no confronto entre os alelos Y, Z, W, etc., quer dizer que o exame é uma folha de papel com um título sem corpo. Um assento sem alma, sem conteúdo. O sentido da segurança jurídica enquanto determinabilidade ou cognoscibilidade, justamente, quer dizer que o procedimento adotado individualiza os pacientes, daí, progressivamente, chegando a um resultado suficientemente compreensível. Do contrário, é “achismo”, é intuicionismo, é bola de cristal, é qualquer coisa, *somente não se pode denominar tal prática como exame científico*. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 137.

¹¹ A metodologia processual orientada pela sincera colaboração e pela boa-fé processual se trata de um esquema em que as provas podem ser antecipadas, agilizadas, inclusive, para o próprio reforço do contraditório. A tática brasileira, tradicionalmente, é *esconder as provas* e surpreender o adversário; de outro lado, em países evoluídos (civilizados, em todos os sentidos do termo), a surpresa não remete à racionalidade da vitória, porque vence quem tem razão, ao invés de ter razão – a qualquer custo – quem vence.

Independente da triste realidade enfrentada nos foros, a legislação brasileira parece encorpar técnicas probatórias que se aproximam do clássico *discovery*, da *common law*, onde o aparato probatório até poderia prevenir litígios. De fato, em algumas contendas, ao invés da esperteza de alguns, prevalece o bom senso e o vigor do processo justo – o processo previsível/calculável, no qual as provas mais diretas e efetivas devem ser manuseadas para a aproximação da decisão ao vértice da verdade. O exame pericial, em especial a prova referente ao DNA, deve ser pormenorizado e, sobretudo, identificar a pessoa humana que está sendo examinada. Senão, tudo parece brincadeira – aliás, como o

A prática do Lacen, *a latere*, abre margem a que resultados de exames sejam conferidos sem a análise do conteúdo do exame, sem a identificação dos alelos em confronto, daí contrariando padrão de biossegurança e de gestão de credenciamento de laboratório para esse tipo de perícia referente ao DNA.

Uma sentença sem motivação e, somente, com dispositivo?

Exatamente isso que o Lacen/RS elabora: um exame com resultado, mas sem o conteúdo que pormenoriza os alelos¹² confrontantes. Logo, o nome e o resultado referente a qualquer pessoa podem estar ali, temerariamente.

Afinal, não existe filmagem, não existe fotografia, não existe comprovação de que o exame é referente ao material genético coletado. Tudo contrariando padrões internacionais e normas administrativas cogentes do Direito brasileiro.

Em síntese, o Lacen e seu desdobramento CDCT não cumprem os padrões mínimos de qualidade. Daí que não são decisivos no sentido de indicar de qual pessoa se refere o exame perpetrado – com efeito, não ocorre a descrição molecular do sujeito, como também não existe o registro de imagem da coleta.

A Resolução nº 340/2004 do Conselho Nacional de Saúde (órgão do Ministério da Saúde) preconiza:

III.7 – Todo indivíduo pode ter acesso a seus dados genéticos, assim como tem o direito de retirá-los de bancos onde se encontrem armazenados, a qualquer momento.

[...]

IV.1 – As pesquisas da área de genética humana devem ser submetidas à apreciação do CEP e, quando for o caso, da Conep como protocolos completos, de acordo com o Capítulo VI da Resolução CNS nº 196/1996, não

Brasil parece estar à venda. Ver DONDI, Angelo. Paradigmi processual ed “expert witness testimony” nel diritto statunitense. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, anno L, 1996.

¹² Uma perícia que não individualiza as condições pessoais do paciente é inconstitucional, porque violenta o postulado da razoabilidade no sentido de congruência, ou seja, todo ato administrativo ou normativo deve se reportar e se harmonizar às respectivas condições “externas de aplicação”. Daí que o exame de DNA deve pormenorizar os alelos dos pacientes em confronto, tratando-se dos parâmetros externos à folha de papel assinada pelo perito; do contrário, impõe-se um exame arbitrário porque desarrazoado e desconforme ao devido processo constitucional. Um exame que é contrário ao postulado da razoabilidade é *inconstitucional in fine*. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 98/9.

sendo aceitos como emenda, adendo ou subestudo de protocolo de outra área, devendo ainda incluir:

[...]

b) como os genes/segmentos do DNA ou do RNA ou produtos gênicos em estudo se relacionam com eventual condição do sujeito da pesquisa;

c) explicitação clara dos exames e testes que serão realizados e indicação dos genes/segmentos do DNA ou do RNA ou de produtos gênicos que serão estudados;

[...]

g) informações quanto ao uso, armazenamento ou outros destinos do material biológico;

[...]

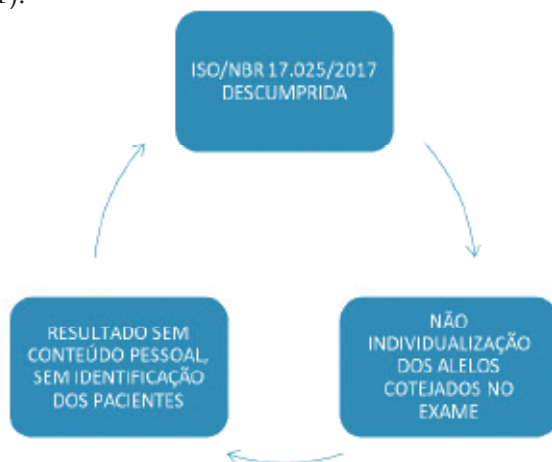
i) explicitação de acordo preexistente quanto à propriedade das informações geradas e quanto à propriedade industrial, quando couber;

[...].

O direito à informação demanda a explicitação do material genético dos indivíduos em análise pericial. Logo, não adianta meter um resultado sem, antes disso, desenvolver a relação de alelos de cada indivíduo¹³ – trata-se do mínimo ético e normativo, em termos de precisão científica e confiabilidade do certame pericial.

¹³ Se uma decisão judicial pode ser apreendida como holística de um problema ou conflito entre narrativas, isso não a remete a um *black box* em termos de análise de cada prova, isoladamente falando. Ou seja, deve haver um cotejo entre uma avaliação analítica da prova em coimplicação com a análise holística, daí que uma DNV falsa contamina uma prova pericial de DNA; afinal, de que criança se está examinando? Tudo sopesado, a filosofia verdade-erro-decisão reafirma o compromisso de todos os operadores com o caráter epistêmico do processo. “*There are several good reasons to prefer the analytical approach. One reason is that it is not clear at all what it may be to appreciate the ‘whole’ evidence in one single shot, without establishing which information, how reliable, how relevant and how useful, is provided by each specific item of evidence*”. A perícia deve ser analítica, em seu próprio corpo, assim como o exame da prova deve sopesar, em larga medida, a analiticidade. Ver TARUFFO, Michele. Evidence, truth and the rule of law. *Revista de Processo*, v. 238, *passim*, dez. 2014.

O organograma é autoexplicativo, porque elabora uma racionalidade circular entre a previsão normativa e a falta de padronização na prática do Lacen (e seu braço CDCT):



O ato administrativo praticado pelo Lacen é nulo pela ausência de forma¹⁴.

O ato administrativo elaborado pelo Lacen é nulo porque não tem conteúdo, previsto na legislação, que deve individualizar os pacientes – violação frontal da dignidade da pessoa humana¹⁵ (e consectários legislativos, como a Resolução nº 340/2004 do Conselho Nacional de Saúde).

¹⁴ O defeito de forma não é convalidável, trata-se de atributo essencial do ato administrativo. Sobre a forma, impera a legalidade estrita, razão pela qual diversas normas, desde a Constituição, perpassando pela lei, até as normas de padronagem internacional, estabelecerem pautas que não podem ser fustigadas. A Lei nº 9.784/1999 estabelece: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Esse vício de forma não é passível de convalidação – o ato administrativo é nulo de pleno direito.

¹⁵ A dignidade da pessoa humana é um fundamento de dupla via: ao mesmo tempo que garante um núcleo duro e insuprimível, ela alavanca uma perspectiva objetiva de normas e forças interpretativas-argumentativas, no sentido de resguardar o “respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

A Lei nº 13.460/2017 determina, enquanto direito de usuário do serviço público:

Art. 6º São direitos básicos do usuário:

[...]

III - acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do *caput* do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

[...].

O acesso à informação é prerrogativa do paciente, do usuário do serviço público, tanto que o indigitado dispositivo somente explicita o já disposto na Lei nº 12.527/2011:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

[...]

§ 2º Para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (Internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

No caso, o endereço genético do paciente é uma determinação mínima, insuprimível e nuclear, que deve constar em qualquer exame de DNA.

II – possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III – possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV – divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V – garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

[...].

A estrutura (ou melhor, a falta de estrutura/conteúdo do ato administrativo) leva à ausência da finalidade juridicamente admissível para a correção do ato, conforme o direito. É basilar, trata-se de uma ontologização da verdade como meio da segurança jurídica – um “*dasein*”, porque o fato no mundo deve ser apresentado em suas diretrizes não tendencialmente semânticas, mas, sobretudo, pragmáticas e ajustadas à realidade ôntica¹⁶.

Por sua feita, a ausência de finalidade do ato administrativo – ato que recolhe exame de DNA – retira a suposta força que deveria estruturar o ato administrativo praticado no bojo de processo judicial.

Uma solução circular, em contexto, que reporta a metodologia analítica-funcional e remete o sentido (a falta de sentido) à importância do fundamento, bem como à finalidade alvitrada pelo direito. Tudo para que os princípios basilares da Constituição sejam atendidos em sua força normativa¹⁷.

¹⁶ Ver HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2002. p. 80/1.

¹⁷ Um exame de DNA se presta a solver um problema: a questão do cotejo entre a carga genética de um indivíduo *versus* a carga genética de outro indivíduo. A solução da questão não pode ser do tipo “generalizante”; pelo contrário, necessariamente, deve-se apreender o “particularismo” da espécie, tanto por aceção científica quanto por uma base cultural de justiça de um caso que deve ser solucionado com fundamento nada tópico, antes com fundamento de “sentido especial à realidade em análise”. O que empresta *sentido* a uma perícia é a descrição pormenorizada do estado particular do sujeito. Ver VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. da 5ª ed. alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 73/4.

5 A IMPOSSIBILIDADE DE O LACEN FAZER UMA CONTRAPROVA

Assentado que o convênio que delegou, de maneira extroversa, a realização do exame de DNA, para o Poder Executivo, criou uma figura judicialiforme, a situação resta agravada pelo risco sobre a reversibilidade dos erros ou danos perpetrados pelo próprio órgão ao qual se incumbiu a execução da perícia.

Com efeito, o convênio entre o TJRS e o Lacen (Secretaria da Saúde do Rio Grande do Sul) foi encerrado. Daí que eventual contraprova não pode ser elaborada pelo próprio órgão que realizou o exame. Isso não causaria estranheza, em uma primeira visada – é salutar, inclusive, que a contraprova seja realizada por um terceiro.

Ocorre que a extinção do convênio desencobre a seguinte questão: desgraçadamente, a desestruturação da coisa pública (tanto pessoal quanto material) é tamanha que os serviços públicos do Estado do Rio Grande do Sul estão comprometidos na própria autotutela; daí que se implica a morte da cláusula pétrea da “vedação do retrocesso”, em termos de direitos fundamentais.

O Estado do Rio Grande do Sul pede socorro. Os exames de DNA, outrora executados de maneira extroversa, estão sob questionável feição.

Isso é Brasil, o “#feudoemquetudopode”. Até a novela das 21 horas, da rede Globo, retrata o que está ocorrendo, e muito, na vida real:



Para combater essa possibilidade-risco-viabilidade, na “terra-do-tudo-pode”, as instituições devem atuar com eficiência e assertividade. Os exames conveniados ou delegados em modalidade extroversa estão à deriva, diretamente proporcionada pela desestruturação do serviço público. Os exames de DNA

merecem a cautela que o *standard* da prova pertinente ao caso – prova clara e convincente – enseja.

Afinal, *que exames?*

Já que as perícias do Lacen não possuem conteúdo, não demonstram os alelos em confronto, mas somente apresentam uma cifra de resultado que contraria os ditames legais e constitucionais, a ciência mais abalizada sequer pode cogitar de “exame”.

Juridicamente, os arremedos desvinculados das normas não existem. O exame pericial que arrepia o conteúdo-estrutura de ato administrativo não possui “densidade suficiente” para emplacar um acontecimento do mundo real¹⁸. É algo criado, uma folha de papel.

CONCLUSÃO

O patrimônio genético do indivíduo está encerrado na dignidade da pessoa humana. *“Dunque, è un bene comune ala famiglia umana perché intrinsecamente riconosce ala specie umana le sue speciali dignità e diversità e rapprresenta un ponte tra le generazioni passate e quelle future”*¹⁹.

Um exame que não individualiza os alelos em confronto violenta os direitos comezinhos, a dignidade humana de ambas as partes: da criança e do suposto pai. Trata-se de aberração jurídica, um arremedo de ato administrativo, sem conteúdo e sem forma prevista em legislação, cuja padronagem é internacional, além de todo o serviço público dever prestar informações precisas aos respectivos usuários (Leis nºs 12.527/2011 e 13.460/2017).

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ainda prevê que a individualização genética do sujeito, em qualquer tipo de exame que envolva tal questão, assume relevo de autodeterminação e da liberdade do indivíduo. Sobre princípios fundamentados na dignidade da pessoa humana:

Questa visione è valorizzata dalla lettura di tale disposizione nel contesto generale della Carta europea dei diritto fondamentali in particolare com l'art. 8 relativo alla

¹⁸ A natureza da coisa, a ideia sem o critério do particularismo, em termos de exame pericial, não passa de um nominalismo do “cognoscente”. Um *flatus vocis* de perícia, uma prática sem conteúdo. Ver KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “Naturaleza de la Cosa”*: hacia una teoria de la comprension juridica. Trad. Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Juridica de Chile, p. 105.

¹⁹ FALLETTI, Elena. I confini della famacogenetica. *Revista da Ajuris*, v. 125, p. 323, mar. 2012.

*protezione dei dati personali, l'art. 13 in materia di libertà della ricerca scientifica, l'art. 21 sulla non discriminazione, fondata anche su caratteristiche genetiche e l'art. 35 in materia di protezione della salute.*²⁰

O perfil genético é conteúdo preempório que deve conter no exame. Do contrário, não existe exame, mas uma solução intuitiva descritiva como enunciado perdido em uma folha de papel. No Estado Constitucional, em plena pós-modernidade, na perspectiva argumentativa-intersubjetiva²¹ dos modelos compartilhados e das técnicas científica de proficiência/especialização, inadmissível que um exame do Lacen aponte um resultado, sem, contudo, a discriminação do confronto entre os alelos das pessoas. Uma lacuna insuprimível.

Por que o programa “Paternidade Legal” funcionava sem ninguém reclamar?

Porque havia o testemunho do juízo, porque esse teste de DNA era efetuado em audiência. Havia transparência e moralidade desde a coleta do material genético.

No momento presente, o exame de DNA é delegado, de maneira extroversa (porque claudicante), ao Poder Executivo, e não existe comprovação empírica ou científica de que o material recolhido seja um material, realmente, coletado das partes envolvidas. Uma catástrofe cinestésica, provocada pela falta de transparência que violenta a Constituição e as leis nacionais de acesso à informação e de participação nas etapas dos procedimentos do serviço público como um todo em desdobramento operativo.

²⁰ Ibidem, p. 348.

²¹ A argumentação como técnica ou como modelo de reconstrução do estado de coisas jurídicas toca todos os atos processuais. Desde os atos das partes e do juízo, até os atos periciais. Afinal, o direito do terceiro milênio não confirma axiomas ou realismos independentemente das valorações e dos elementos de análise que permitam um mínimo de transparência nos contornos das questões a serem decididas. Não adianta apresentar um enunciado pericial sem desenvolver, como premissas dialéticas e até lógicas, o caminho percorrido para o atingimento do resultado. Aliás, insustentável a bricolagem de uma metodologia, no caso do exame de DNA, se os alelos dos envolvidos não são devidamente *individualizados e identificados*. O enfoque argumentativo do direito, bem como uma racionalidade de matriz pragmática – encerrada como possibilidade, em termos de teoria do conhecimento –, reclamam um método prático e, sobretudo, contextualizado pela instrumentação que a seriedade da questão da paternidade envolve. Do contrário, repete-se, deve ser assinado um “cara ou coroa” e esquecer a ciência como auxiliar do juízo. Ver ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editorial, p. 77.

A feitura da perícia – exame de DNA – não reclama parênteses meramente formais. O foco decisivo para a validade desse ato administrativo processualizado é a proteção da confiança²² dos pacientes. Fundamento (segurança) e finalidade (verdade científica) que somente persistem se a atuação estatal respeitar os direitos fundamentais e as limitações implicadas aos desdobramentos do serviço público, mormente os aspectos de cunho estrutural do ato administrativo: a descrição do genótipo dos pacientes.

A persistir tal conduta, sem especificação genotípica de alelos, sem quadro comparativo molecular, sem o cumprimento das normas da ISO, ABNT e resoluções médicas, encerradas nas leis de garantia da informação, o melhor seria nem fazer teste de DNA – o ideal é abreviar a contenda e retornar às ordálias: talvez, decidir a questão sobre a paternidade na base do “cara ou coroa”, ou colocar um pinto sobre uma chapa quente e verificar se ele morre em menos de 1 minuto.

Combina com País do futuro que nunca chega a um objetivo – o feudo chamado Brasil.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editorial.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação anulatória: de acordo com o CPC/1973 e o projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2014.

DONDI, Angelo. Paradigmi processual ed “expert witness testimony” nel diritto statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, anno L, 1996.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andrea Morales Vidal. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FALLETTI, Elena. I confini della farmacogenetica. *Revista da Ajuris*, v. 125, mar. 2012.

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança...*, p. 468.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "Naturaleza de la Cosa"*: hacia una teoria de la comprension juridica. Trad. Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Juridica de Chile.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Negócio jurídico para a prestação de serviços por entidade do terceiro setor: natureza jurídica, requisitos, critérios e procedimento para a celebração do ajuste. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2007.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*, v. 229, mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. da 5ª ed. alemã por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

TARUFFO, Michele. Evidence, truth and the rule of law. *Revista de Processo*, v. 238, dez. 2014.

_____. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo*, v. 248, 2015.

Submissão em: 04.04.2018

Avaliado em: 21.06.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 28.06.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 04.07.2018 (Avaliador C)

Aceito em: 05.07.2018

ACESSO À JUSTIÇA E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA: O CONHECIMENTO E A DETERMINAÇÃO DOS DIREITOS NO SISTEMA BRASILEIRO

ACCESS TO JUSTICE AND JURIDICAL (IN)SECURITY: THE KNOWLEDGE AND THE DETERMINATION OF RIGHTS IN THE BRAZILIAN SYSTEM

Celso Hiroshi Iocohama¹

Doutor em Direito (PUC, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; teoria geral do processo.

RESUMO: O trabalho trata do acesso à Justiça na perspectiva da definição dos direitos, tratando das deficiências relativas ao direito de informação e da segurança jurídica decorrente da declaração judicial do direito aplicado ao caso concreto. Ao considerar a definição dos direitos como fator importante para o acesso à Justiça, registra-se o conflito normativo entre o dever de conhecer as obrigações e deveres (*ignorantia juris neminem excusat*) e a deficiência de se conhecer os direitos e garantias. Ao tratar do conhecimento dos direitos, o estudo aponta a insegurança jurídica provocada

por interpretações jurisdicionais que se divergem na comparação de casos concretos, em prejuízo da previsibilidade das definições do Direito a partir da manifestação do Poder Judiciário. Destacando a importância de se conceber resultados estáveis decorrentes do exercício da tutela jurisdicional para o fim de se estabelecer a sua confiabilidade, apontam-se as perspectivas que o novo Código de Processo Civil traz para a predominância da jurisprudência como fonte do Direito, registrando a importância do Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos e de Incidentes de Assunção de Competência para a interpretação do Direito, sem retirar o valor do

¹ Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL, Londrina/PR, Brasil). Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo (USP, São Paulo/SP, Brasil). Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Paranaense (UNIPAR, Umuarama/PR, Brasil). E-mail: iocohama@uol.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/1774869644885979>>.

intérprete na capacidade de compreender, repensar e contribuir para com o direito jurisprudencial interpretado.

ABSTRACT: *The paper deals with access to justice in the perspective of the definition of rights, dealing with the deficiencies related to the right to information and legal certainty arising from the judicial declaration of law applied to the specific case. Considering the definition of rights as an important factor for the access to justice, there is a normative conflict between the duty to know the obligations and duties (ignorantia juris neminem excusat) and the lack of knowledge of rights and guarantees. When dealing with knowledge of rights, the study points to legal uncertainty caused by jurisdictional interpretations that diverge in the comparison of concrete cases, to the detriment of the predictability of the definitions of Law as of the manifestation of the Judiciary. Emphasizing the importance of conceiving stable results arising from the exercise of judicial protection in order to establish its reliability, we point out the perspectives that the new Code of Civil Procedure brings to the predominance of jurisprudence as a source of law, recording the importance of the National Database of Repetitive Cases and Incidents of Assumption of Competence for the interpretation of Law, without removing the value of the interpreter in the capacity to understand, rethink and contribute to the interpreted jurisprudential law.*

PALAVRAS-CHAVE: uniformização de jurisprudência; direito à informação; interpretação do direito; fontes do direito.

KEYWORDS: *jurisprudencial uniformization; right to information; interpretation of the law; sources of law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O acesso à ordem jurídica justa; 2 O (des)conhecimento dos direitos; 3 As incertezas interpretativas e o papel do Poder Judiciário; 4 Os caminhos para a segurança jurídica dos direitos; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The fair order access; 2 The (un)knowment of the rights; 3 The uncertainty of interpretation and the judicial role; 4 The ways to the juridical security of rights; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Das diversas abordagens que o tema do acesso à Justiça comporta, é preciso que se retome uma base essencial para o debate, que é o conhecimento dos direitos e, portanto, tocar a questão da segurança jurídica envolvendo sua proteção.

Com efeito, em uma perspectiva de um Estado Democrático de Direito como se constrói o Estado brasileiro, é de se compreender que a busca da pacificação social a partir da consolidação de direitos e sua proteção, demanda esforços empreendidos de diversas direções, entre eles, o reconhecimento estatal de direitos, o conhecimento por parte dos seus sujeitos, a criação de mecanismos de proteção dos direitos e, com uma pacificação dos litígios, uma maior estabilização da própria sociedade.

Entretanto, é sentimento assente na comunidade jurídica – mais diretamente ligada aos debates interpretativos voltados a todos estes temas – que há um grau de insegurança jurídica que paira sobre a definição dos direitos. Assim, mais que apenas o problema do desconhecimento do direito por ausência do pleno direito constitucional de acesso à informação (na própria perspectiva de um exercício da cidadania de forma democrática e participativa), tem-se que a definição dos direitos, decorrentes da interpretação realizada pelo Poder Judiciário, passa por uma fase de incertezas jurídicas. Na prática, é inseguro definir-se realmente qual é o direito que deve ser seguido, diante do exercício hermenêutico realizado com o resultado dos processos judiciais.

De fato, sempre foi assente na práxis jurídica que não se deve definir como certa uma pretensão (envolvendo uma demanda) sem que realmente se tenha passado pelas possíveis instâncias judiciais voltadas a definir o direito ao caso concreto (decorrentes de processo judicial que produza uma decisão que assuma um caráter definitivo). Contudo, a diversidade de fundamentações jurídicas e de manifestações jurisprudenciais divergentes tem ensejado um clima de insegurança jurídica que, muitas vezes, transforma o processo judicial em um instrumento de desestabilização das relações jurídicas.

Neste contexto, o estudo procura destacar os caminhos que envolvem a (in)segurança jurídica diante do cenário jurídico brasileiro, observando o fenômeno da criação jurídica decorrente da atuação interpretativa e declarativa do Poder Judiciário.

Na ordem das abordagens, além do acesso à Justiça por conta do direito à informação (destacando a importância do conhecimento do direito), trata da importância da atenção à segurança jurídica, não na perspectiva de se resgatar um sistema dogmático e ditador, mas sim voltado à proteção à confiança das pessoas dentro de um Estado Democrático de Direito, tocando a compreensão educativa que o processo judicial pode produzir neste plano, destacando o

cenário de insegurança jurídica decorrente de processos interpretativos judiciais e da dificuldade de se ter um planejamento para as possíveis soluções a serem produzidas para casos concretos.

Na parte final do trabalho, abordam-se algumas perspectivas de caminhos para uma segurança jurídica de direitos a partir da consolidação de um sistema jurisprudencial como direcionam as regras estabelecidas no novo Código de Processo Civil, apresentando-se o papel do Conselho Nacional de Justiça na busca da padronização dos incidentes envolvendo ações repetitivas.

1 O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Em uma abordagem que marcou importante diretriz doutrinária para os debates sobre o acesso à Justiça no Brasil, Kazuo Watanabe² tratou do tema alertando que não pode ser ele estudado “nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes”. Alertou, neste sentido, por uma “nova postura mental”, apta a “pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento”, lembrando Cappelletti³.

Com efeito, segundo o autor, o acesso à ordem jurídica justa pressuporia:

(1) direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País*; (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa*; (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos*

² WATANABE, K. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

³ CAPPELLETTI, M. *Giustizia, accesso alla*. Enciclopedia delle Scienze Sociali (1994). Disponível em: <[Revista da AJURIS - Porto Alegre, v. 45, n. 144, Junho, 2018](http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/>”. Acesso em: 2 fev. 2017.</p></div><div data-bbox=)

que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.⁴

De fato, o debate sobre o acesso à Justiça percorre diversos subtemas: meios para a superação de questões econômico-financeiras (daí pensar-se a assistência jurídica e a assistência judiciária para permitir a gratuidade da Justiça às pessoas necessitadas); mecanismos para a prestação jurisdicional com maior celeridade (para atender à garantia constitucional inserida no art. 5º, inciso LXXVIII⁵); formas alternativas para a solução de conflitos, com a viabilização da arbitragem e da mediação, e o incentivo à conciliação; fortalecimento da informação sobre os direitos; melhorias do sistemas de demandas individuais e coletivas; segurança no tratamento isonômico das partes; garantia de imparcialidade no exercício da jurisdição e outras tantas garantias voltadas a uma adequada prestação jurisdicional; garantia dos direitos individuais e coletivos em exames de mérito, entre muitos outros temas destacados para que se possa ter assegurados os direitos com a imposição de seu cumprimento/respeito, em um ambiente de contraditório e ampla defesa, concretizando um sistema democrático (e, portanto, participativo), com responsabilidades e obrigações.

Com efeito, o debate do acesso à ordem jurídica justa perpassa pelo aumento da litigiosidade e da ampliação de mecanismos para atender a essa demanda, tratando-se de um problema global⁶. Na medida em que se amplia o sistema de garantia de direitos para torná-lo cada vez mais acessível à população (como se deu, por exemplo, com a relação de consumo mais protegida), é consequência se ampliar a litigiosidade e isso provocar a necessidade da criação de mecanismos para atender às provocações da tutela jurisdicional.

Entre esses e tantos outros aspectos que compõem a teia de fatores atrelados ao acesso à ordem jurídica justa, elenca-se, neste estudo, um elemento essencial de todo esse debate que se sustenta na definição do direito a ser garantido. Pensando-se mais especificamente na tutela jurisdicional, é certo que o mero acesso ao Poder Judiciário precisa ser superado a partir de uma preocupação

⁴ WATANABE, K. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. Op. cit., p. 135.

⁵ “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.”

⁶ Como observa Araújo (2016, p. 91), as “reformas legislativas produzidas em países de primeiro mundo assim como ao fenômeno da globalização revela que a necessidade de aperfeiçoamento e incremento da atividade jurisdicional não corresponde a uma necessidade isolada de nosso sistema” brasileiro.

voltada para o *resultado* da prestação jurisdicional. Entretanto, em que medida a implementação de todos os mecanismos e procedimentos para se garantir a melhor apreciação dos direitos é suficiente se há um problema anterior que é a definição dos direitos?

Por certo, será tratado, a seguir, sobre a questão do conhecimento e o desconhecimento dos direitos para, em um momento posterior, colocar-se em xeque a questão da *segurança jurídica* da definição e do estabelecimento dos direitos. Assim, invocar-se uma rápida reflexão sobre o acesso à ordem jurídica justa neste momento envolve o importante registro do que se espera em um ambiente de um Estado Democrático de Direito, de modo que a preocupação com a segurança jurídica do direito a ser declarado também faz parte da problematização, que tem como suporte a qualidade de um acesso à ordem jurídica justa.

2 O (DES)CONHECIMENTO DOS DIREITOS

De há muito tempo, o sistema brasileiro registra uma regra geral para tratar do conhecimento do direito e da impossibilidade de se alegar a ignorância da lei, impedindo que alguém se escuse de seu cumprimento por tal motivo. A atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷ tem, em seu art. 3º, a seguinte redação: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”⁸⁻⁹. O Código Civil português, estabelecido pelo Decreto-Lei nº 467.344, de 25 de novembro de 1966, também prevê regra semelhante, ao afirmar, em seu art. 6º (Ignorância ou má interpretação da lei), afirmando que: “A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas”¹⁰.

⁷ A redação é do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. O nome original deste Decreto-Lei era Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Com o advento da Lei nº 12.376 de 2010, o nome foi alterado para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁸ Brasil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#ementa>. Acesso em: 21 jan. 2017.

⁹ Anteriormente ao citado art. 3º, semelhante previsão de proibição de se alegar a ignorância da lei existia na “Introdução” inserida no próprio Código Civil de 1916 (Brasil, 1916). O texto estava previsto no art. 5º: “Ninguém se excusa, alegando ignorar, a lei; nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar ou despachar” (redação original do Código Civil alterada pelo Decreto nº 3.725, de 4 de dezembro de 1919, que trouxe correções ao texto) (Brasil, 1919).

¹⁰ Portugal, Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil português. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

Por certo, a justificativa doutrinária para a existência de tal preceito se dirige à necessidade de se estabelecer uma segurança jurídica na aplicação das leis. Permitir que uma pessoa alegue a ignorância da lei seria, ao ver desta justificativa, causar uma insegurança para o ordenamento jurídico e instabilidade para as relações jurídicas.

De fato, é o princípio da obrigatoriedade das leis, citado por Pereira¹¹ que impõe a submissão de todos (sujeição de obediência) ao império da lei, “sem distinção de categoria social, de nível de cultura ou de grau de inteligência”. O fundamento desta imposição, segundo o autor, seria por conta de uma necessidade, tornando a convivência social possível. Com efeito, a *ignorantia juris neminem excusat* está voltada para o sistema de cumprir a lei. O cumprimento da lei, decorrente de deveres ou obrigações, coloca o sujeito destinatário de seu comando em um contexto de sujeição, cabendo-lhe tomar ciência da lei porque não poderá alegar ignorância para não a cumprir.

Já tivemos oportunidade de demonstrar, por diversos fatores, que essa regra deve ser relativizada, na medida em que uma diversidade de problemas afeta o conhecimento do direito, como é o caso das dificuldades inerentes ao acesso do conhecimento das inúmeras normas jurídicas estatalmente produzidas. O estudo, feito na década de 1990, enfrentava uma realidade diversa, já que não tinha a Internet como uma fonte de acesso tão popularizada como hoje, mas ressaltava que o dogma do conhecimento da lei precisava ser visto com cuidado, ainda mais em se tratando de leis com vigor imediato¹².

Passados 20 anos dos estudos que foram realizados, ainda não parece possível afirmar que o problema do conhecimento do Direito já foi superado, basta atentar-se à triste realidade brasileira, que aponta dados de analfabetismo na taxa de, aproximadamente, 13 milhões de brasileiros, exigindo a implementação de política pública para se ampliar o processo de alfabetização¹³. Certamente, o que dizer do conhecimento da lei para aquele que sequer pode ler?

¹¹ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1987. p. 84.

¹² IOCOHAMA, C. H. A *obrigatoriedade imediata das leis ordinárias federais*: uma perspectiva crítica sobre o vigor das leis no momento de sua publicação. Leme: LED, 1997. *passim*.

¹³ Ministério da Educação, Brasil alfabetizado será ampliado em 2017 e atenderá 250 mil jovens e adultos. *Portal de notícias*. Políticas Públicas. 16.09.216. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/204-10899842/39281-brasil-alfabetizado-sera-ampliado-em-2017-e-atendera-250-mil-jovens-e-adultos>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

De outro modo, poder-se-ia afirmar que a evolução do acesso à informação decorrente da Internet poderia ampliar o conhecimento do Direito, na medida em que esse acesso à informação seria facilitado. No Brasil, o sistema de divulgação da legislação, por exemplo, de âmbito federal, se dá por meio de Diário Oficial da União eletrônico (e-Diário), que pode ser consultado *on-line* ou por meio de assinatura com o pagamento de valores que variam de R\$ 38,00 (trinta e oito reais) pela assinatura mensal ou R\$ 452,00 (quatrocentos e cinquenta e dois reais) pela assinatura anual¹⁴. De qualquer maneira, o acesso à legislação estaria vinculado ao custo e/ou ao caminho digital, e ambos têm seus percalços, até porque o acesso digital não é uma realidade plena, havendo muito que se investir para ampliar o acesso à Internet para a população brasileira – em grande parte, excluída. Em 2014, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontaram que 54,9% das casas estavam conectadas, correspondendo a 95,4 milhões de brasileiros com acesso à Internet¹⁵, mas que, certamente, não alcança a imensa quantidade de regiões desprovidas de acesso à tecnologia.

O foco do presente estudo, contudo, não está voltado para o conhecimento dos deveres e obrigações, para os quais há tanta preocupação em se negar a possibilidade de se escusar do cumprimento pelo desconhecimento. Parte-se da ciência desta realidade para se projetar uma outra questão: se o desconhecimento dos deveres e obrigações pode ser algo que a realidade justifica, o que se poderá dizer do desconhecimento dos direitos e garantias?

Neste ponto de indagação, é de se colocar em questionamento se as pessoas sabem de seus direitos, porque, se podem desconhecê-los, muito provavelmente, não os terão protegidos, salvo se houver a intervenção de representantes que possam tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos que são protegidos por ações coletivas. Assim, se uma pessoa desconhece seu direito e não utiliza de uma ação individual para fazer valê-lo, pode vir a ser assegurado por uma ação coletiva – no Brasil, regulamentada por algumas leis, como é o caso da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) ou do Mandado de Segurança Coletivo (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009).

¹⁴ Brasil, Imprensa Nacional. E-diários. Produtos Imprensa Nacional. Disponível em: <<http://imprensa.in.gov.br/ediaros/acessoExterno.do?metodo=produtosIN>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

¹⁵ G1. Tecnologia e Games. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. 06.04.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

Marinoni¹⁶ já apontava o problema cultural que envolve o reconhecimento dos direitos, anotando que grande parte dos cidadãos “não tem sequer condições de reconhecer os seus direitos”, asseverando que a “complexidade da nossa sociedade faz com que mesmo as pessoas dotadas de maiores recursos tenham dificuldade em entender as normas jurídicas”.

Na perspectiva do acesso à Justiça, Marinoni¹⁷ alerta que, para ser “cidadão participante no mundo em que vive, agente da história e responsável pela mesma, deve ser *efetivamente* orientado e informado sobre os seus direitos”. Daí a importância do direito à informação como “corolário do direito à livre expressão”, de maneira que “o direito de acesso à Justiça pressupõe o direito à informação a respeito da existência dos direitos”.

Há que se registrar que o direito à informação no Direito brasileiro é assegurado pelo inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal, afirmando que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

De qualquer modo, é possível se entender como ainda atual a advertência de que fazia Morello¹⁸:

¿De qué vale que los operadores jurídicos diversifiquen vocaciones y estudios cada vez más complejos en sus técnicas, y generen una imparable inflación de normas, si, contrariamente, los destinatarios (consumidores) de todo ese arsenal jurídico y de las ulteriores tareas de interpretación, se hallan, vivencialmente, en un vaciamiento o laguna acerca de la existencia, sentido y alcances de unos derechos que ellos en verdad no está en condiciones de alegar, ejercer ni menos tutelar?

Neste aspecto, Marinoni¹⁹ destaca ser intuitivo que, “em um país pobre como o Brasil, pouca gente conheça os seus direitos, e menos ainda como exercê-los”. Problemas como a democratização da Justiça (que passa pela

¹⁶ MARINONI, L. G. *Novas linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 35-36.

¹⁷ *Idem*, p. 36.

¹⁸ MORELLO, A. M. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (el derecho a la información y la realidad social). In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 167.

¹⁹ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 48-51.

“democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela democratização da própria linguagem”); o direito à informação “como requisito para a realização do direito à liberdade de expressão, um meio eficaz para assegurar não só a viabilidade de acesso à ordem jurídica justa, como ainda a participação do cidadão nos destinos da sociedade” (e, portanto, do direito de ser orientado para o exercício da cidadania); da atuação efetiva do Estado e dos órgãos e associação de classe (como a Ordem dos Advogados do Brasil) e do Ministério Público são fundamentais para a construção do acesso à Justiça.

Com efeito, anote-se como exemplo os resultados de um levantamento feito pelo Instituto Trata Brasil²⁰, segundo o qual metade da população brasileira não teria esgoto coletado em suas casas e cerca de 35 milhões de pessoas não teriam acesso a água tratada no País. Logo, caberia indagar-se até que ponto este direito fundamental à água potável é vista pela população carente como um efetivo direito?

É certo que este é apenas um exemplo, mas muitos outros poderiam ser elencados, partindo-se de direitos que já estão assentes (confirmados pela legislação, jurisprudência e doutrina) e que não acabam chegando ao alcance das pessoas, muitas vezes por desconhecimento.

Infelizmente, há, ainda, quem se valha do desconhecimento para se manter em comportamento ilícito ou lesivo a direitos (como, por exemplo, empresas que prestam serviços de má qualidade, mas que sofrem sanções que não as inibem em continuar com tal prática e ainda não são demandadas por todos aqueles que foram por elas prejudicados). Também a precariedade de um sistema educativo, certamente, pode produzir pessoas desconhecedoras de seus direitos. Por outro lado, formas equivocadas ou frágeis de se saber dos próprios direitos podem levar pessoas a deixar de exercê-los. O que resta, a título sucinto de conclusão parcial deste estudo, é que o acesso à Justiça depende desse direito de informação e que este tema deve sempre ser mantido em pauta para exigir reflexões sobre os caminhos para a sua superação.

De qualquer maneira, há que se acrescentar ao tema outro aspecto fundamental para se ampliar o debate sobre esse ponto do acesso à Justiça (do reconhecimento dos direitos), que envolve as dificuldades para se ter uma

²⁰ Instituto Trata Brasil. Metade da população brasileira não tem coleta de esgoto. Folha Vitória. 16.03.2016. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/metade-da-populacao-brasileira-nao-tem-coleta-de-esgoto-14>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

clareza quanto aos direitos, dada a diversidade jurisprudencial que assola os Tribunais, conforme adiante se abordará.

3 AS INCERTEZAS INTERPRETATIVAS E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Ainda que predominantemente se afirme que o Direito brasileiro é estruturado a partir de um complexo de leis (portanto, em um sistema de *Civil Law*), diante de uma estrutura legislativa dividida em seus âmbitos municipal, estadual e federal (além da atribuição dada ao Poder Executivo para a edição de normas como decretos, regulamentos e medida provisória – esta no caso do Poder Executivo federal), há que se reconhecer que, da forma como o Poder Judiciário brasileiro foi estruturado e o que demonstra a sua história, acaba assumindo papel fundamental na determinação do significado do Direito ao caso concreto. Isso permite concluir que, se os direitos podem também estar estabelecidos por uma lei (em sentido amplo), a sua aplicação dependerá, em caso de controvérsias, do que ditará o julgamento judicial, e, assim, ao final, quem acaba determinando o significado de um direito é o Poder Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional/interpretativa.

Neste sentido, mesmo que o legislador cumpra sua função ao editar as leis, o seu significado e sua aplicação dependerão de uma aplicação prática, que será ditada pelos julgamentos que das leis tratarem. O sentido de um comando legal, portanto, dependerá dos ditames que o Poder Judiciário traçar.

Registre-se que não se está aqui a entender que os demais mecanismos e fontes interpretativas devem ser desprezados. Já se falava, classicamente, que a origem da interpretação pode ser autêntica, judicial e doutrinária. Seja o que o legislador registra de interpretação na própria lei (interpretação autêntica), seja o que a doutrina apresenta em seus estudos, seja o que o Poder Judiciário conclui a partir de suas motivações, nenhum deles deve ser desprezado por conta da força coercitiva que o Poder Judiciário tem em seus julgados. Contudo, o que se ressalta é que há uma inevitável coercibilidade que as interpretações para o caso concreto produzem por meio das decisões judiciais que um dia transitam em julgado. Para a vida daqueles sujeitos submetidos à autoridade da coisa julgada, o Direito está dizendo o que a decisão conclui e, a partir disso, a argumentação que ora se produz sobre a força da interpretação judiciária, decorrente dos julgamentos aplicados aos casos concretos.

Historicamente, o direito praticado pelos Tribunais sempre foi destacado como o “direito vivo”, ainda que submetido às críticas, como já ressaltou Maximiliano, em sua obra clássica sobre a Hermenêutica²¹:

Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os frequentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de ofício, quando pleiteiam a reforma do mesmo. Citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente; prefere ladeá-lo, procurar convencer de que se não aplica à hipótese em apreço, versara sobre caso diferente.

No Brasil, até quando o Judiciário invade a esfera de ação do Congresso, ou se afasta, por outra forma, dos cânones constitucionais, surge sempre forte corrente, entre os mais doutos, que pleiteia o respeito à exegese ocasional; embora em assunto da própria competência o Legislativo nada tenha com a opinião dos juízes e seja também certo que um só julgado não constitui jurisprudência.

De há muito se debateu sobre a possibilidade ou não do Poder Judiciário “criar o Direito”, sempre se colocando em xeque a questão da divisão clássica dos Poderes. A evolução da compreensão de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são partes de um mesmo conjunto indicou a superação da divisão absoluta e estanque de cada *Poder*, mas, inevitavelmente, produz um resultado estranho quanto ao equilíbrio de forças entre os Poderes: ainda que a “função” legislativa procure regulamentar os comportamentos, a sua interpretação e aplicação acabam por desembocar nas mãos do Poder Judiciário. Isso significa, na prática, que, pelo menos em tese, a última palavra do significado e da aplicação do Direito depende do que dirá o Poder Judiciário.

Deste modo, o debate sobre o Poder Judiciário criar ou não direito acaba por enfrentar uma questão pragmática: podendo ou não criar um direito ao caso concreto, é certo que a decisão final, depois de sujeitada (ou não a recursos) e não eivada de vícios que permitam uma ação rescisória ou uma anulatória,

²¹ MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 148.

estabelecerá o que será “certo” para determinado conflito. Anote-se que o “certo” não se dará, necessariamente, com o que afirma um dispositivo legal em sua interpretação gramatical, por exemplo. O “certo” pode também não estar de acordo com o que algum outro meio de interpretação (lógico, sistemático, finalístico etc.) venha a indicar. O “certo”, ao final, é o “certo” que ficar constante na decisão judicial que não for mais submetida a recurso, ou à ação rescisória ou à ação anulatória. Será esse “certo” que definirá o que se poderá ou não fazer, o que se terá de direito ou não.

Em um plano abstrato e “teoricamente científico”, o parágrafo que foi anteriormente escrito pode parecer um absurdo. Da leitura do que muito se pode dizer sobre o Direito, da segurança jurídica que ele deveria trazer, da regulamentação social que ele deveria estabelecer, parece fácil concluir que esse discurso sobre o “certo” no Direito, dito pela “boca do Poder Judiciário”, seria um grande equívoco.

Entretanto, a prática do Direito, no Brasil, pode confirmar, por uma infinidade de exemplos, que o “certo” do Direito se sustenta em uma grande insegurança jurídica, porque não há como se garantir que uma interpretação, por mais óbvia que possa parecer, seja realmente acolhida para um caso sob apreciação do Poder Judiciário.

A *segurança jurídica*, por si, é uma expressão que transita entre polos opostos. Certamente, já foi utilizada para garantir a *ordem*, dentro de um regime ditador. Em uma perspectiva dogmático-legalista, já foi utilizada para se exigir o cumprimento absoluto da lei, abolindo julgamentos *contra legem*. Mas não é por causa dos desvios comportamentais que a utilizaram indevidamente que deverá ter uma importância desmerecida ou desconsiderada.

De certo, não há como se conceber uma determinada organização sem que se tenha parâmetros de segurança. Não se trata de estabelecer uma *segurança* que impeça o pensamento ou que limite a liberdade; não é a segurança que impede o advogado de postular ou o juiz de agir. É a segurança que estabelece parâmetros democráticos, indicando caminhos a serem seguidos sem que as pessoas se sujeitem às surpresas decorrentes de um alvitre de um poder (estatal) exercido ilegitimamente.

A segurança jurídica, como aponta Couto e Silva²², se constitui como conceito ou princípio jurídico ramificado em duas partes: uma de natureza objetiva, que limita a retroatividade dos atos do Estado (até mesmo com a atividade legislativa, com a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada); e outra de natureza subjetiva, “concernente à *proteção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”. Em uma perspectiva moderna e em consideração ao direito comparado, observa o autor que se constroem dois princípios distintos, mas com estreitas correlações:

[...] Falam os autores, assim, em *princípio da segurança jurídica* quando designam o que prestigia o aspecto *objetivo* da estabilidade das relações jurídicas, e em *princípio da proteção à confiança*, quando aludem ao que atenta para o aspecto *subjetivo*. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

Considera-se, assim, para efeitos desse estudo, a ligação da segurança jurídica sob o aspecto subjetivo, envolvendo a proteção da confiança. Será que o Estado, no exercício da importantíssima função jurisdicional, caminha sob a égide desse princípio da proteção da confiança, de maneira a ser limitada a sua liberdade de modificar sua conduta, no que respeita à sua atividade-fim de dizer o Direito?

²² COUTO E SILVA, A. do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, abr./maio/jun. 2005, Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2017.

Como alerta Medina²³, é importante se proteger a legítima confiança, aplicada ao processo judicial (que é construído em um sistema interacional), na medida em que “a conduta dos órgãos judiciários influencia significativamente o comportamento das partes: estas correspondem às determinações judiciais na medida em que os órgãos do Poder Judiciário despertam, objetivamente, a *confiança dos litigantes*”.

A discussão sobre o resultado da atividade jurisdicional no que respeita à confiança dos litigantes remete aos estudos de Dinamarco, no que se refere ao *escopo educativo do processo*. Como alerta o autor, na “medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios”²⁴. Ademais, prossegue o autor:

A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de confiança no seio da população, torna-se mais fácil de ser também levada a níveis satisfatórios.²⁵

Assim, há que se entender que a confiabilidade da atividade do Poder Judiciário é atrelada à segurança jurídica que se espera de um sistema de interação de comportamentos. Esse papel educativo da atividade jurisdicional tem importância destacada, neste sentido, porque, ao final, é pela atividade jurisdicional que se determina o “certo” nos casos concretos, como anteriormente mencionado. Deve-se, com isso, esperar o melhor empenho na definição dos direitos e, desta maneira, traçar comportamentos que podem ser seguidos como paradigmas para outros comportamentos. A confiabilidade para com a atividade do Poder Judiciário residiria, portanto, na credibilidade de seus julgamentos,

²³ MEDINA, J. M. G. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128-129.

²⁴ DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 192.

²⁵ DINAMARCO, C. R. *Op. cit.*, p. 193.

na medida da estabilidade das suas decisões. Mas será que isso realmente tem acontecido na experiência brasileira?

Infelizmente, da observação sobre movimentos jurisprudenciais, tem-se percebido uma grande insegurança jurídica, com inevitável fragilidade ao princípio da confiabilidade.

Entre inúmeros exemplos de entendimentos jurisprudenciais que não se afinam entre os Tribunais, calha destacar-se um em especial, que é o referente à exigência ou não da defesa técnica, feita por advogado, em procedimento administrativo.

Veja-se a formatação de dois Tribunais Superiores no Direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, de competência regida pelo art. 102 da Constituição Federal, e o Superior Tribunal de Justiça, com a competência estabelecida nos termos do art. 104 da Constituição Federal. Ambos foram instados a se manifestar sobre o tema (defesa técnica por advogado em processo administrativo). Na ordem da atividade jurisdicional, primeiro se manifestou o Superior Tribunal de Justiça depois da solidificação de inúmeros precedentes, com a Súmula nº 343²⁶ que assim estabeleceu: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Instado a tratar do mesmo assunto, o Supremo Tribunal Federal²⁷, no ano seguinte à edição da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, editou a Súmula Vinculante nº 5, assim regulamentando: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Tratando especificamente do caso, Nery Junior²⁸ apresenta o problema decorrente das duas súmulas. Indica, sob o aspecto formal, a predominância da súmula vinculante, mas aponta, no mérito, a inconstitucionalidade do ato do Supremo Tribunal Federal²⁹:

²⁶ Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 343. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

²⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5, de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

²⁸ NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 289.

²⁹ Observe-se a incongruência do fato contrário a uma coesão do sistema: o Supremo Tribunal Federal, concebido entre as suas atribuições constitucionais como “guardião da Constituição”, produz, sob sua

Com a devida vênia, entendemos correto o *STJ 343* e inconstitucional o *STF-V 5*, por ferir a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), o direito de ação (CF, 5º, XXXV), o devido processo legal (CF, 5º, LIV), a ampla defesa (CF, 5º, LV) e os predicamentos da advocacia (CF, 133). Como a súmula vinculante do STF tem eficácia normativa, geral e abstrata, vinculando todos os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública (CF, 103-A, *caput*), isso significa que o *STF-V 5*, apesar de inconstitucional, vincula o STJ, de modo que o *STJ 343*, apesar de correto e constitucional, deve ceder diante do verbete vinculante do STF.

Isto em termos formais. No entanto, como substancialmente o *STF-V 5* é inconstitucional, não poderá produzir efeitos nos processos administrativos e judiciais. Caberá ao julgador administrativo (processo administrativo) ou ao juiz (processo judicial) exercer o *controle concreto e difuso* de constitucionalidade do *STF-V 5*, e, ao reconhecê-lo inconstitucional, deixar de aplicá-lo.³⁰

O presente estudo não necessita trazer à baila os argumentos do autor sobre a inconstitucionalidade alegada, bastando registrar a indignação doutrinária (com razão), ao analisar um sistema jurídico que entre os próprios órgãos de um Poder (no caso, o Judiciário), digladiam-se em posicionamentos completamente distintos sobre um mesmo tema.

É certo afirmar que os fatos que influenciam as interpretações e as conclusões em decisões judiciais são envolvidos por uma diversidade de causas. A interferência de interesses em julgamentos pode afetar a esperada segurança jurídica na atuação do Poder Judiciário, na medida em que não se tem como controlá-los.

competência, uma súmula vinculante com evidente inconstitucionalidade. É a insegurança jurídica e a própria quebra da confiabilidade que se exemplifica por ação da mais alta corte do Brasil.

³⁰ NERY JUNIOR, N. Op. cit., p. 289.

Por outro lado, há o problema do solipsismo, como alerta Streck, quando observa que a insegurança jurídica decorre da postura do juiz que decide com a sua própria consciência, afastando-se de outros fundamentos, a não ser aqueles que escolhe *de per si*. Registra o autor uma importante reflexão:

Daí a minha pergunta: De que adianta dizer que não há segurança jurídica hoje no Brasil e, ao mesmo tempo, sustentar que o juiz deve decidir conforme sua consciência? Ora, em termos de paradigmas filosóficos, estamos apenas saindo da crítica de uma concepção sofisticada e indo em direção a uma concepção solipsista, para dizer o menos. Que segurança tem o jurisdicionado quando sabe que a decisão é dada conforme a consciência individual do decisor? Ainda que isto esteja afiançado por uma instância transcendente com pretensões de objetividade (Deus ou a Natureza).³¹

Certamente, os exemplos das súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal indicam apenas uma pequena experiência, se considerado o macrossistema de julgamentos e formação de jurisprudência (ou não), que produzem decisões com resultados individuais ou coletivos e fixam parâmetros para o comportamento dos jurisdicionados.

Se vivemos em um sistema em que o Poder Judiciário assume a declaração dos direitos por meio da tutela jurisdicional e ela estabelece diretrizes para os comportamentos individual e social com posicionamentos que se contradizem, certamente que nos encontramos em um regime de insegurança jurídica, na medida em que se fragiliza a confiabilidade na atuação estatal.

Essa diversidade de pensamentos interpretativos, decorrentes de decisões individuais ou colegiadas, inevitavelmente, afeta a construção de qualquer planejamento voltado às orientações jurídicas que o exercício da advocacia, pública ou privada exigem. Que segurança tem o advogado em apontar para seu cliente os rumos da interpretação que o Direito está permitindo a partir da análise das diretrizes traçadas pelo movimento jurisprudencial? Quantos professores já refutaram os argumentos de alunos pautados em jurisprudência,

³¹ STRECK, L. O “decido conforme minha consciência” dá segurança a alguém? *Consultor Jurídico - CONJUR*, 15.05.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

sob a alegação de que estudar a jurisprudência não seria fazer ciência, já que julgar e fazer jurisprudência sai do controle científico (e qualquer tipo de decisão poderia ser encontrado)?

Provavelmente, o preço dessa insegurança jurídica advindo da atividade jurisdicional será o preço pago pelo movimento (até então necessário) de libertação da dogmática do legalismo, decorrente de um positivismo exacerbado que conduziu o Direito a um sistema hermético que insulou o jurista da realidade social. A complexidade das relações sociais, que ensejou o rompimento da tradicional forma de se conceber o Direito, provocou os operadores do Direito a sair da zona de conforto da dogmática legalista e, por via de consequência, adentrou-se em um sistema aberto de possibilidades principiológicas que, nas mãos de quem exerce o poder jurisdicional, pode acarretar desvirtuamentos.

4 OS CAMINHOS PARA A SEGURANÇA JURÍDICA DOS DIREITOS

É certo que o panorama desalentador que se traça, ao observar os caminhos de insegurança jurídica que o Direito brasileiro tem representado, pode ter alguns traços de esperança, ainda que se tenha muito a melhorar e experimentar.

Veja-se, por exemplo, o sistema da repercussão geral, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 como requisito do recurso extraordinário para ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal). De um lado, tem sua importância no sentido de buscar “garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados”, considerados os “destinatários maiores da mudança”, como se divulga na própria página do Supremo Tribunal Federal³².

De fato, o novo Código de Processo Civil brasileiro incorpora este comando nos arts. 1.035 e 1.036, quando vem a tratar do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Tem-se, sob perspectiva, que a segurança jurídica poderá ser mais bem contemplada, na medida em que uma corte de Justiça possa produzir uma decisão que estabeleça uma padronização de julgamento, inclusive afetando todos os recursos que estiverem tratando do mesmo tema.

³² Brasil, Supremo Tribunal Federal. Sobre a repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

Ocorre que a realidade, novamente pesando sobre a teoria da norma, dá indícios de que mesmo o instituto da repercussão geral precisa ser repensado, na medida em que se estabeleça uma agilização em seu julgamento. Na amplitude de suas competências, o Supremo Tribunal Federal enfrenta a dificuldade de tratar os casos de repercussão geral com a sua devida rapidez.

Com efeito, o problema já foi apontado pelos estudos de doutoramento Damares Medina, e o próprio Supremo Tribunal Federal lançou ações para a agilização dos julgamentos, conforme aponta Canário³³. Em um recorte temporal que a estudo acadêmico apontou (de 2007 a 2013), o STF reconheceu a repercussão geral de 700 temas e “só julgou o mérito de 164”, provocando um “resultado cruel”, na medida em que causou a “paralisação de 692 mil processos no País inteiro”.

Desse contexto, pode-se concluir que o caminho da padronização dos julgamentos para determinados assuntos, com a adoção do sistema envolvendo a repercussão geral, tem a louvável intenção de proporcionar *segurança jurídica*, mas precisa ser aprimorado para que as causas não fiquem estancadas, aguardando a decisão da Corte Superior, agravando a morosidade do Poder Judiciário.

É certo que o caminho da uniformização da jurisprudência foi assumido expressamente pelo novo Código de Processo Civil, de maneira a se estabelecer, em diversos dispositivos, a valorização do julgamento em âmbito dos Tribunais. Neste sentido, destacam-se os arts. 926 e 927, que assim afirmam:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

³³ CANÁRIO, P. Em 90 dias, Supremo julga 36 recursos e libera 30 mil processos na origem. *Consultor Jurídico*. 6 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/90-dias-supremo-julga-36-recursos-libera-30-mil-processos>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

É na esteira desta atenção à jurisprudência e na fixação de entendimentos jurisprudenciais que o novo Código de Processo Civil brasileiro permite, por exemplo, o julgamento pela improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 322, que assim afirma:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local.

Ademais, coroa esta linha de entendimento o disposto pelo art. 489, também do novo Código de Processo Civil, que, em seu § 1º, apresenta um rol de situações as quais, se ocorridas, não constituem como fundamentada a decisão judicial (seja ela interlocutória, sentença ou acórdão). A hipótese do inciso VI

estabelece não estar fundamentada a decisão judicial quando “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”, dando claro entendimento de que a posição jurisprudencial que fizer parte do contexto do litígio deve ser analisada, interpretada e aplicada.

Anote-se que instituto do Incidente Recursal de Demandas Repetitivas, criado pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, acompanha a preocupação da legislação em padronizar os julgamentos na busca de sua estabilização. Regulado pelos arts. 976 a 984, parte de duas hipóteses (simultâneas) para cabimento de sua instauração, previstas pelos incisos I e II do art. 976 (“I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”). Dirigido ao presidente do Tribunal, será julgado pelo “órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal” (art. 978). O incidente provocará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso (art. 982, inciso I) e deverá ser julgado no prazo de um ano, com prerrogativa de preferência de julgamento sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 980). Este incidente, com efeitos sobre os processos até então em andamento e os futuros, dentro da área de jurisdição do respectivo Tribunal, poderá ser objeto de recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal) ou especial (Superior Tribunal de Justiça), que, apreciando o mérito do recurso, fixará tese jurídica que “será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que verem sobre idêntica questão de direito” (§ 2º do art. 987).

A atenção à uniformização da jurisprudência, decorrentes das demandas repetitivas, levou o Conselho Nacional de Justiça a editar a Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016, dispondo sobre

a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais

do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências.³⁴

De fato, em uma consulta ao portal de pesquisas do Conselho Nacional de Justiça sobre demandas repetitivas³⁵, é possível acessar o Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos e de Incidentes de Assunção de Competência e, a partir dele, se constatar as inúmeras decisões já proferidas e aguardando julgamento, bem como os processos que ficaram ou estão suspensos. Espera-se que, com a ocorrência destes incidentes, permita-se a estabilização dos conflitos nos âmbitos de cada Tribunal do País, e, com o passar dos procedimentos aos Tribunais superiores, que se padronizem as interpretações jurídicas que assumirem essa natureza de causa repetitiva.

É claro que a padronização dos julgamentos e posicionamentos interpretativos toca a segurança jurídica, na medida em que se conhece o posicionamento adotado. A insegurança jurídica, porém, não está descartada se o resultado final das interpretações decorrerem de interesses políticos nem sempre coerentes com as aspirações sociais de justiça e igualdade, ou se, pelos mesmos interesses escusos, proceder com alterações interpretativas, revogando posicionamentos anteriores. Há gigantesca influência política em decisões de grande repercussão, e isso precisa ser objeto de constante preocupação se a pauta está direcionada à formação de um país democrático e pautado em critérios de justiça social, e atrelada às garantias fundamentais constitucionais.

De qualquer modo, diante da sistemática processual recém-vigente, há indícios para a pacificação de certos debates e a tendência à uniformização dos temas poderá, quiçá, construir um sistema com maior segurança jurídica, certamente não isento de críticas, mas, quem sabe, estabelecendo um novo patamar de orientações para a compreensão do Direito brasileiro.

³⁴ Brasil, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 235, de 13.07.2016. Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>>. Acesso em: 13 maio 2017.

³⁵ Brasil, Conselho Nacional de Justiça. Pesquisas Judiciárias: Demandas Repetitivas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

Obviamente, o intérprete nunca perderá o seu papel ativo, que olha para o Direito posto, compreende-o a partir do cotejo de todo um sistema extrajurídico (porque o Direito não se faz apenas de normas e princípios jurídico, e não deve se insular no seu “mundo de normas”) e o repensa, analisando se precisa ser mantido ou superado, propondo sua manutenção ou mudanças. Logo, não é porque o sistema brasileiro aponta um sistema jurisprudencial dominante, que se aceite o papel inerte do intérprete ou atrelado (escravo) do que dizem os julgamentos em seus paradigmas. A evolução do Direito não dependerá apenas do que diz o Poder Judiciário, até porque a provocação dada pelas partes, por meio de seus advogados (com o exercício da postulação), é quem, em grande parte, ditará os problemas sociais e os caminhos possíveis de serem seguidos para a sua solução.

CONCLUSÕES

Há uma necessidade de ampliação dos mecanismos de proteção dos direitos materiais, seja com políticas públicas ou com medidas que exijam que o Poder Público garanta os direitos e o direito à informação sobre esses direitos. A experiência brasileira aponta que muito há que se fazer para garantir acesso à Justiça de muitos, pautando-se ainda no próprio conhecimento do Direito, vez que, sem esse conhecimento, não há que se falar em sua garantia, salvo por demandas coletivas que podem amenizar essa deficiência.

O princípio da confiança precisa ser colocado sob foco das ações do Poder Judiciário. De nada adianta existirem orientações que estabeleçam procedimentos a serem observados pelos juízes e tribunais sem que isso seja realmente encampado como um escopo educativo do processo judicial, assumido como papel do juiz e efetivado em assegurar um sistema de decisões com coesão para a uniformidade, com critérios objetivos para a revisão dos entendimentos firmados.

É preciso reconhecer que interpretar o Direito desprezando os movimentos jurisprudenciais não está coerente com a sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil, nem mesmo com as possibilidades de interpretação que a atuação do Poder Judiciário produz. Certamente que a interpretação, que se utiliza dos diversos instrumentos já consagrados e decorrem das diversas origens (autêntica, doutrinária e jurisprudencial), amplia a capacidade de produzir resultados interpretativos dos mais diversos. Porém, a importância da decisão judicial para a vida das pessoas exige reconhecer, no papel do Poder

Judiciário, uma coercível fonte de declaração dos direitos, e, se estamos diante de um império das decisões judiciais sobre outras origens interpretativas (seja da própria lei, seja da doutrina), é fundamental que sejam idealizados e praticados mecanismos que controlem e padronizem a atuação do Poder Judiciário em seus julgamentos, principalmente naqueles que podem afetar amplamente os sujeitos à sua coercibilidade.

Há luzes para que se construa um Direito brasileiro a partir de um sistema jurisprudencial que tenha coerência para tratar as pessoas de forma isonômica, gerando uma confiabilidade quanto aos julgamentos por não se permitir distinções de resultados da atuação do Poder Judiciário pautados unicamente no que pensa um ou outro juiz ou Tribunal.

Neste ponto, é de fundamental importância a atuação do Conselho Nacional de Justiça, que procura consolidar os resultados de julgamentos produzidos no País acerca de questões repetitivas, independentemente de se tratarem oriundas de ações coletivas ou individuais. A sistematização de julgamentos serve de instrumento que contribui para um papel do intérprete do Direito brasileiro, que, cada vez mais, deverá agregar, em suas habilidades, a capacidade de coletar informações de julgamentos e de analisá-las, cotejando paradigmas, repensando sua incidência e contribuindo para a solidez do Direito (com a estabilização de interpretações), sem perder de vista sua capacidade crítica de alertar para mudanças da sociedade, aptas a provocar mudanças na jurisprudência até mesmo consolidada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. C. *Curso de processo civil: parte geral*. São Paulo: Malheiros, t. 1, 2016.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. Decreto nº 3,725, de 4 de dezembro de 1919. Faz diversas correções no Código Civil e manda fazer do Código corrigido uma edição de cinco mil exemplares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3725.htm#art3>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#ementa>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 343. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5, de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 235, de 13.07.2016. Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>>. Acesso em: 13 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sobre a repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Imprensa Nacional. E-diários. Produtos Imprensa Nacional. Disponível em: <<http://imprensa.in.gov.br/ediarios/acessoExterno.do?metodo=produtosIN>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisas Judiciárias: Demandas Repetitivas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CANÁRIO, P. Em 90 dias, Supremo julga 36 recursos e libera 30 mil processos na origem. *Consultor Jurídico*. 6 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/90-dias-supremo-julga-36-recursos-libera-30-mil-processos>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CAPPELLETTI, M. *Giustizia, accesso alla*. Enciclopedia delle Scienze Sociali (1994). Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/acesso-alla-giustizia_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/acesso-alla-giustizia_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/>). Acesso em: 2 fev. 2017.

COUTO E SILVA, A. do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). *REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, abr./maio/jun. 2005, Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/>

revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>. Acesso em: 1 out. 2017.

DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

G1. Tecnologia e Games. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. 06.04.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/-noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

INSTITUTO Trata Brasil. Metade da população brasileira não tem coleta de esgoto. Folha Vitória. 16.03.2016. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/metade-da-populacao-brasileira-nao-tem-coleta-de-esgoto-14>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

IOCOHAMA, C. H. *A obrigatoriedade imediata das leis ordinárias federais: uma perspectiva crítica sobre o vigor das leis no momento de sua publicação*. Leme: LED, 1997.

MARINONI, L. G. *Novas linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MEDINA, J. M. G. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MINISTÉRIO da Educação. Brasil alfabetizado será ampliado em 2017 e atenderá 250 mil jovens e adultos. *Portal de notícias*. Políticas Públicas. 16.09.2016. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/204-10899842/39281-brasil-alfabetizado-sera-ampliado-em-2017-e-atendera-250-mil-jovens-e-adultos>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

MORELLO, A. M. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (el derecho a la información y la realidad social). In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1987.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil português. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

STRECK, L. O “decido conforme minha consciência” dá segurança a alguém? *Consultor Jurídico - CONJUR*, 15.05.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

WATANABE, K. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Submissão em: 01.09.2017

Avaliado em: 17.04.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 18.04.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 24.04.2018 (Avaliador C)

Aceito em: 26.06.2018

DROGAS, CRIME ORGANIZADO, MÃES E FILHOS, E A CONVERSÃO DE PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR

DRUGS, ORGANIZED CRIME, MOTHERS AND CHILDREN, AND THE CONVERSION OF PREVENTIVE PRISON IN HOME PRISON

Darwin de Souza Pontes¹

Juiz de Direito em Mato Grosso/MT

ÁREA(S) DO DIREITO: direito processual penal; direitos humanos.

RESUMO: A questão da conversão em prisão domiciliar às mulheres encarceradas com filhos de até 12 anos de forma automática revela sérios desdobramentos à criança e à sociedade que merecem uma melhor ponderação, ante a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus* coletivo, de determinar a soltura de mulheres grávidas e com crianças, sem um juízo concreto sobre a real situação circundante a cada processo. Apurou-se que a ordem normativa possui elementos jurídicos intensos quanto ao papel da genitora, que o Código de Processo Penal traz instrumentos que permitem

a verificação da situação da genitora em relação do filho e que somente após essa verificação deve ser ponderado o juízo de valor sobre se deve ou não ser convertida a prisão preventiva em domiciliar – em especial, nos crimes de tráfico de drogas, entorpecentes e afins, e no crime organizado. Sugere-se, ao fim, a modificação da redação do art. 318.

ABSTRACT: *The question of converting into custodial custody to women incarcerated with children up to 12 years of age automatically reveals serious consequences for the child and society that deserve better consideration, in view of the recent Supreme Court ruling in collective habeas corpus, to determine the release of pregnant women*

¹ Titular da 1ª Vara da Cível e Criminal da Comarca de Canarana/MT, com competência para Infância e Juventude. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia, onde se pós-graduou em Direito Público. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB, Brasília/DF, Brasil). E-mail: darwin.pontes@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/3212863299754313>>.

and children, without a concrete judgment on the actual situation surrounding each case. It was found that the normative order has strong juridical elements regarding the role of the giver. And that the Criminal Procedure Code provides instruments that allow the verification of the situation of the mother in relation to the child. And that only after this should the value judgment be assessed on whether or not to be converted to pre-trial detention at home, especially in the crimes of drug trafficking and narcotics, related and organized crime. It is suggested, at the end, to change the wording of article 318.

PALAVRAS-CHAVE: prisão; drogas; genitora; criança; juiz.

KEYWORDS: *prison; drugs; mother; child; judge.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proteção integral e a prioridade absoluta; 2 Genitoras e gestantes envolvidas com o tráfico de drogas e com o crime organizado; 3 A antinomia na própria lei e a ausência de parâmetros concretos ao julgador e a indução legal à conversão automática da prisão preventiva em domiciliar; 4 Verificação concreta da cautelaridade da prisão pelos instrumentos do Código de Processo Penal; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Integral protection and absolute priority; 2 Genitors and pregnant women involved in drug trafficking and organized crime; 3 The contradiction in its own law and the absence of specific parameters to the judge and the legal induction to the automatic conversion of preventive prison in domiciliary; 4 Concrete verification of the caution of prison by the instruments of the Criminal Procedure Code; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa investigar, no ordenamento jurídico, se o magistrado deve, de forma automática, proceder a conversão de prisão preventiva em domiciliar de gestantes e mulheres com filhos crianças (até 12 anos incompletos), dada a redação do art. 318, inciso V, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 13.257/2016.

Busca-se responder se há, por parte do magistrado, discricionariedade normativa para, quando constatado que uma genitora que se encontra encarcerada tem filho menor de 12 anos, o juiz deve deferir essa conversão.

Tal discussão ganha maior relevância porque, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal concedeu *Habeas Corpus* (HC) coletivo para a soltura

de gestantes e genitoras com filhos de até 12 anos e deficientes, salvo os crimes praticados com violência e grave ameaça, ou contra seus filhos – *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, julgado em 20 de fevereiro de 2018.

Em que pese os argumentos esposados pelos ministros da 2ª Turma, como a dignidade da pessoa humana e o estado de coisas inconstitucional (quanto ao sistema carcerário), à exceção do Ministro Edson Fachin, acreditamos que a decisão da Suprema Corte merecia melhor reflexão, dado que parte de uma presunção que não mais se revela tão contundente quanto foi outrora, a de que “mãe é mãe”, de que não haveria outra pessoa melhor para criar o filho que a genitora e de que, por isso mesmo, ela é imprescindível à criança, concluindo, assim, pela liberação automática de gestantes e genitoras encarceradas.

Como se verá, em tempos hodiernos, infelizmente, não tem sido essa uma regra absoluta.

1 A PROTEÇÃO INTEGRAL E A PRIORIDADE ABSOLUTA

De início, merece reflexão sobre o que acreditamos ser o principal ator nessa questão, ou seja, a criança ou o filho, e começaremos pelo enfrentamento dos princípios fundamentais reitores da infância.

A proteção fundamental se dá pela doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, que tem origem histórica na Declaração dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, materializada na Resolução nº 1.386 de 1959, na qual 10 princípios são estabelecidos, e nos princípios 9º e 10 fica clara a enunciação da doutrina da proteção integral. Foi também o primeiro documento em que as crianças passaram a ser reconhecidas como sujeito de direitos, e não como objeto de especial proteção².

No Brasil, crianças, adolescentes e jovens são considerados sujeitos especiais de direitos, na ordem jurídica, e isso decorre do princípio da proteção integral, que vem insculpido no art. 227 da Constituição, atualmente, com a redação da Emenda Constitucional nº 65, de 2010.

Este princípio foi pormenorizado e desenvolvido nos arts. 1º a 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

² FUELLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: RT, 2018. Edição digital. Comentários iniciais ao Título I do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tais normas derivadas da proteção integral na Constituição podem ser resumidas em duas diretivas³: a) crianças e adolescentes são sujeitos de direitos; b) que tem uma peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (art. 6º do ECA).

A proteção integral tem, ainda, lastro na Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, subscrita pelo Brasil e incorporada ao ordenamento interno pelo Decreto Executivo nº 99.710, de 1990.

Ou seja, a doutrina da proteção integral, normativamente plasmada em nosso ordenamento jurídico, visa conferir a crianças e adolescentes a absoluta proteção, dado que são pessoas que precisam de um olhar diferenciado, que estão em processo de desenvolvimento, sendo que, precisamente nessa fase inicial da vida, formarão seus valores, no seio de suas famílias, escolas, e comunidade.

Desse princípio, foi derivado o princípio da prioridade absoluta, o qual se encontra densificado no art. 4º do ECA.

Precisamente neste artigo, no seu parágrafo único e alínea *c*, está estabelecido que se garanta prioridade na “preferência na formulação e na execução de políticas públicas”.

Vislumbra-se que tal se dirige, primeiramente, ao legislador e, após, ao administrador.

Então, acredita-se que, ao se editar a Lei nº 13.157, de 2016, que alterou as medidas cautelares do processo penal, de certa forma, foi concretizado o comando da prioridade absoluta na formulação de políticas públicas (art. 4º, parágrafo único, *c*, do ECA) por reconhecer que o filho deve ficar perto da mãe.

Isso se coaduna com os princípios 4º e 6º⁴ da Declaração dos Direitos da Criança de 1959.

Dos dispositivos anteriormente citados, percebe-se que deve haver uma preocupação com a criança que, desde a tenra idade, deve ficar, de preferência,

³ AMIN, Andrea Rodrigues et al. *Curso de direito da criança e do adolescente* – Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

⁴ Princípio 4. A criança gozará os benefícios da Previdência Social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteções especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.

com a mãe. E que esta, desde a gravidez, deve receber atenção especial, tendo em vista sua peculiar condição.

De fato, os dispositivos anteriormente citados servem de lastro ao nosso próprio ordenamento, e, sem dúvidas, foram valores dessa natureza que direcionaram a edição da Lei nº 13.157 para que mães encarceradas não ficassem apartadas de seus filhos.

Observe-se, doravante, a ponderação concreta destes valores com a realidade.

2 GENITORAS E GESTANTES ENVOLVIDAS COM O TRÁFICO DE DROGAS E COM O CRIME ORGANIZADO

Como se afirmou, foi tomada por presunção, no julgamento do STF, em favor da genitora, de que ela seria a melhor pessoa para cuidar de seu filho.

Não se discorda disso, e se acredita que haja senso comum de que “mãe é mãe” de uma maneira geral. Afinal, muitos são os brasileiros que tem o nome da mãe em suas certidões de nascimento, mas alguns nunca conheceram, e talvez nunca conheçam, seus pais biológicos.

Também é cediço que no lar, ao lado de seus pais, é o melhor lugar para a criança, sendo primordial a boa criação dos filhos⁵, afinal, é no lar que está a família, considerada a base da sociedade (art. 227, *caput*, da CF), e é neste local, principalmente, que a criança irá desenvolver seu caráter e se tornar um cidadão orgulho da sociedade, pelo cumprimento de seus deveres sociais, ou acarretará toda sorte de problemas, como crimes, irresponsabilidades, dívidas, ausência de seriedade e compromisso, enfim, tudo que não se espera de uma pessoa.

As mães, acredita-se que se possa afirmar, são especiais, pois, normalmente, têm um amor incondicional pelos filhos e, façam eles o que fizerem, mesmo em situações mais extremas ou vexatórias, como as prisões, ficam ao lado deles. Parece que mãe é tão parcial que apenas vê o filho e nada mais⁶.

⁵ MONDIN, Elza Maria Canheti. Práticas educativas parentais e seus efeitos na criação dos filhos. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/psicologiaargumento/article/viewFile/19885/19187>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

⁶ ATHAYDE, Celso; BILL, MV. *Falcão: mulheres e o tráfico*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 75. Os autores citam que mães que entram no tráfico de drogas para proteção dos filhos. Que, embora inicialmente normalmente elas não queiram se envolver no tráfico de entorpecentes praticado por eles, com o tempo findam por se render a essa atividade, inclusive atuando, por vezes, ativamente em conjunto com o filho e a família dele.

Acredita-se que tal assertiva ainda possa ser tomada como regra, mas os tempos atuais levaram a sociedade a novos comportamentos e valores, entre os quais, a relativização da relação mãe e filho.

É que, atualmente, no Brasil, muitos são os casos de mulheres que se envolvem com vida desregrada, regadas a bebidas e festas, e outras que não se preocupam muito com os filhos, senão consigo mesmas. Não raras são as situações atuais nas quais as mulheres deixam os filhos com os avós da criança para ir a festas e outras situações, pouco ou nada se importando com os filhos, que, na prática, passam a ser criados pelos avós. Crianças assim, desprendidas de valores, rapidamente, passam a se envolver com amizades problemáticas e podem se tornar menores infratores. Essa é uma primeira situação, atualmente corriqueira⁷, que não tem passado despercebida em estudos.

Outra situação são as mulheres que se envolvem com namorados, companheiros ou mesmo esposos dedicados ao crime, em especial, o tráfico de drogas⁸⁻⁹.

Nesses casos, é comum que o lar do casal seja convertido em “boca de fumo”, local onde os usuários vão comprar e, às vezes, também consumir drogas, com autorização do companheiro traficante e conivência da mãe.

Em outros casos, o casal não converte a residência em “boca de fumo”, mas a utiliza como escritório do tráfico, onde são preparadas as drogas e,

⁷ No juízo da Infância e Juventude, vivencia-se essa realidade com regularidade. Filhos criados soltos por falta de valores dentro do lar e mães descomprometidas com a família em si, desestabilizando o ambiente familiar e se prestando a potencializar seus filhos como os criminosos do amanhã, dado que é essa realidade que vivenciam hoje, que os filhos já vivenciam hoje. A ausência de concretização da dignidade da pessoa humana dentro do lar, por falta de ensinamentos de valores, como respeito ao próximo, pela família, tem formado uma geração que fala muito de direitos, mas que esquece que viver em sociedade é considerar tanto o seu direito como o do outro no mesmo patamar, e que a dignidade é para todos e não pode ser pensada individualmente, como têm sido. Pais que somente se preocupam consigo, e não com os filhos, agem assim, preocupados com a sua dignidade, mas não com a dos seus filhos. Preocupam-se com a sua vaidade, a sua bebida, os seus programas, mas não se preocupam que o filho chega com objetos em casa, anda com pessoas de caráter duvidoso, se assiste ou ouve qualquer coisa fora de sua classificação etária, enfim, pela omissão, destroem o caráter, que deveria ser construído, em especial, na infância.

⁸ ODRZYWOLEK, Carolina Vieira. Não que o esteja culpando, mas ele era o traficante: a inserção da mulher no tráfico de drogas. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/100104>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

⁹ SOUZA, Kátia Ovídia José de. A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a05>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

geralmente, também as armas, dado que é comum armas e drogas estarem no mesmo contexto criminoso.

Dentro desse cenário, o que mais ocorre é o envolvimento dos traficantes com a rede do crime organizado, como os grupos conhecidos como “Comando Vermelho”, sendo fato notório que tais grupos têm tomado de assalto o Brasil¹⁰⁻¹¹.

Infelizmente, mulheres passam a integrar também o crime organizado, se tornando tão perigosas quanto qualquer membro dessas facções armadas que atentam contra o Estado Democrático de Direito.

Esses são contextos perigosos, em que a criança fica exposta, direta ou potencialmente, a crimes como tráfico, porte e posse de armas, associação criminosa e receptação dos objetos que geralmente são aceitos pelos traficantes como pagamento de drogas, como notebooks, joias e celulares.

Logo, essas mulheres que se envolvem em criminalidade tornam os respectivos lares – que deveriam ser seios de acolhimento, carinho e dignidade – em locais propensos à toda sorte de criminalidade, expondo e corrompendo seus filhos (corrupção de menores). É a mortalha do desenvolvimento da criança.

Em casos-limite, é sabido que os filhos passam a participar efetivamente de atividades criminosas, servindo de instrumento para o tráfico de entorpecentes, p. ex., sendo utilizados para entrega de drogas, dado que, pela pouca idade, estão sujeitos a regimes pouco rigorosos no ordenamento (à criança, medida de proteção; ao adolescente, ato infracional).

Dessa forma, um lar comprometido com a criminalidade é tudo o que o Estado e a sociedade não podem querer, dado que ocorre a inequívoca destruição de valores legais e morais que findam por corromper a própria sociedade¹².

Entre outras, mas também por essas razões, acredita-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 3º, *caput*, indica que a criança (e o adolescente) tem direito a “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o

¹⁰ ESTADÃO. O poder geográfico. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/cidades/dominios-do-crime/poder-geografico>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

¹¹ RDNEWS. MT tem duas organizações criminosas, Comando Vermelho é a mais atuante. Disponível em: <<http://www.rdnews.com.br/cidades/mt-tem-2-organizacoes-criminosas-comando-vermelho-e-a-mais-atuante/79584>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

¹² ZALUAR, Alba. Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, fev. 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091997000300003>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”¹³.

Ou seja, a criança tem direito ao pleno desenvolvimento como pessoa, estabelecendo plenamente os cânones retroindicados, como vetor a se tornar um cidadão íntegro na sociedade¹⁴.

Com base nisso, é premente afirmar que a criança tem direito a um desenvolvimento saudável, e isso deverá se dar de forma especial no lar da criança, pois os pais têm o dever de educação, guarda e sustento (art. 1.634, incisos I e II, do Código Civil).

E esse dever de guarda “obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança” (art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente), ou seja, a guarda é o poder de fato sobre o filho menor que se tem a posse, estabelecendo como obrigações a assistência material, equivalente aos meios de sobrevivência; a assistência moral, equivalente à criação do filho, conforme os valores vigentes na sociedade, como, p. ex., a não exposição à prática de crimes e atos considerados ofensivos ao pudor; e as educações moral, anteriormente afirmada, e técnica, por meio da escola.

A questão de preservação dos valores morais na criação dos filhos é tão séria que o Código Civil, no art. 1.638, inciso III, considera que a prática de atos a eles contrários pelos pais pode ensejar a perda do poder familiar. Situação

¹³ Como assevera Francismar Lamenza (*apud* MACHADO, Costa (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado* – Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2012. p. 4), “devem ser adotadas todas as providências necessárias para garantir a eles um ambiente um desenvolvimento adequado e harmonioso em um ambiente sadio”.

¹⁴ MACHADO, Marta Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003. p. 108-109. “Sustento que o ponto focal no qual se esteia a concepção positivada no texto constitucional é a compreensão de que – por se acharem na peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento – crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude. Crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade. Essa característica é inerente à sua condição de seres humanos ainda em processo de formação, sob todos os aspectos, *v.g.*, físico (nas suas facetas constitutiva, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social etc.”

grave, que encontra manso amparo na doutrina¹⁵ e jurisprudência¹⁶. E pode-se dizer que, na própria Constituição, há reconhecimento de dever de respeito a esses valores, quando, no art. 221, IV, indica que a programação de rádio e TV deve atentar “aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. Bem como internacionalmente, na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 (Resolução da ONU nº 1.386), que é um texto-base para todas as nações modernas, em que se reconhece que a criança que goza “de uma protecção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável”. O que foi reconhecido, mais recentemente, no art. 27.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto Executivo nº 99.710, de 1990), no qual se reconhece que toda criança tem direito a “um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social”, cabendo aos pais ou responsáveis “a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança” (art. 27.2).

Portanto, nos parece que, tanto a nível ordinário quanto constitucional, ou, ainda, nos documentos e tratados internacionais de direitos humanos, é reconhecido ter a criança direito a uma criação digna, não apartada da moral.

Porém, em verdade, é necessário consignar um olhar mais atento ao tema, pois há duas situações a considerar que não devem ser ignoradas, que

¹⁵ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Livro IV - Do Direito de Família. In: PELUSO, César (Org.). *Código Civil comentado - Doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Manole, 2015. p. 1714. Explica o autor: “O inciso III dispõe como fundamento à perda do poder familiar, a conduta do genitor que seja contrária à moral e aos bons costumes. Aos pais cabe a orientação e a criação dos filhos, visando à formação do caráter destes, dentro dos princípios morais e das regras de honestidade e dignidade (v. comentário ao art. 1.634). Vislumbra o legislador as hipóteses em que, por meio da permissividade do genitor, o filho cresça e conviva em ambiente indigno e reprovável, em que ocorram práticas criminosas ou libidinosas, uso de drogas ou álcool, ou que o genitor induza a criança ou adolescente à prostituição ou à conduta delituosa”.

¹⁶ “Apelação cível. Ação de destituição do poder familiar. Condutas desabonadoras por parte dos pais biológicos caracterizadas. Melhor interesse das crianças. Preservação. Procedência do pedido. Manutenção da sentença. A perda do poder familiar consiste em sanção que deve ser aplicada aos pais quando demonstrado suficientemente que estes, por culpa ou dolo, não preservaram os direitos e interesses dos menores, observado o disposto no art. 1.638 do CC/2002 e nos arts. 22 e 24 do ECA. Comprovada a prática de condutas desabonadoras e a ausência de condições psicológicas por parte dos pais biológicos, deve ser mantida a decisão que decretou a perda do poder familiar, por ser esta a medida que preserva o melhor interesse das crianças. recurso desprovido.” (TJMG, Apelação Cível nº 1.0079.11.0103201/001, 4ª Câmara Cível, Relatora Ana Paula Caixeta, DJe 23.07.2014)

estão relacionadas, efetivamente, ao desejo real e efetivo da mulher de sair da criminalidade¹⁷: a) a mulher que, estando, ocasionalmente, envolvida no crime, dele procura se apartar para não vivenciar essa realidade; b) a mulher que, tendo absorvido a cultura do crime, a ele se entrega e dele faz parte, dado que outro modo de vida não lhe satisfaria.

Na primeira situação, parece não haver dúvidas que à mulher deve ser concedida a prisão domiciliar, com franca opção de ela trabalhar durante o dia e se recolher no período noturno. Mas como nem sempre é simples à mulher arranjar emprego, deve haver programas, tanto de capacitação dessas mulheres quanto de encaminhamento profissional, dado que, de outro modo, certamente, voltarão à vida criminoso.

Porém há aquelas mulheres que, em verdade, se corromperam contundentemente, e fizeram do tráfico o seu modo e meio de vida¹⁸, as quais vivem disto e não conhecem outra forma de sustento. Sendo que a grande dificuldade é que, como conseguem dinheiro rápido e em quantidade considerável, o tráfico de entorpecentes as pode corromper sem retorno. Para essas mulheres, parece que a prisão domiciliar se torna um prêmio convidativo, dado que, sem muito esforço, mesmo com tornozeleiras eletrônicas, podem voltar a se dedicar ao lucro fácil.

¹⁷ GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; VILAS BOAS; Cristina Campolina. *Mulheres na prisão: um estudo qualitativo*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017. As autoras, em estudos nos presídios mineiros, expõem esta questão (p. 34): “Nesta pesquisa não nos interessava investigar o tipo de crime em que as mulheres estão envolvidas. Todavia nos deparamos, em todas as entrevistas realizadas, com a constatação de que há um grande envolvimento das mulheres com o tráfico de drogas e que é esse o maior motivo de detenção de mulheres na atualidade. Houve um momento em que, ao serem perguntadas sobre qual era o trabalho que faziam antes de serem presas, as mulheres responderam em coro: ‘no tráfico’. Tal fato nos chamou a atenção, pois nos propusemos a investigar tanto as vivências das mulheres durante o período da prisão quanto os possíveis projetos que são realizados dentro das penitenciárias, visando à sua ressocialização ao término da pena. Se for esse o referencial de trabalho que as mulheres têm, provavelmente, se para elas não se construírem outras e novas oportunidades de trabalho, elas retornarão inevitavelmente ao tráfico quando terminarem o cumprimento de suas penas ou em saídas temporárias. Sendo assim, há que se ter grande atenção em relação à compreensão pelas mulheres de que o tráfico é não apenas um ‘espaço de trabalho’, mas o seu principal local de inserção ‘profissional’ e social”.

¹⁸ GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; VILAS BOAS; Cristina Campolina. *Mulheres na prisão: um estudo qualitativo*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017. p. 35: “Em uma das entrevistas, Athayde e Bill (2007), ao reencontrarem uma mulher que havia participado de seus trabalhos anteriores, ‘a rainha da merla’ constatam que a droga estava ‘viabilizando educação’ (Athayde; Bill, 2007, p. 135), além de ampliar espaços de trabalhos de outros membros familiares”.

Em um caso, nos parece que deve ser ofertada a melhor oportunidade, a fim de que as mulheres possam sustentar a si e as suas famílias, sendo a prisão domiciliar um meio termo que pode surtir interessantes efeitos. Em outro, dado o envolvimento incisivo e perene com práticas delitivas, a prisão domiciliar se revela inadequada e perigosa.

Por outra janela, é bom que se observe que a condenação em crime não implica, automaticamente, em perda do poder familiar, salvo se contra o próprio filho (art. 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Todavia, não se pode olvidar que, nos crimes que mencionados, pautados pela reiteração delitiva, em busca do lucro fácil, há uma enorme chance de a criança ou o adolescente se envolver direta ou reflexamente, seja pela periodicidade – já que, normalmente, são diversas “transações” com usuários por dia –, seja porque tais delitos atraem outros – como receptação de produtos de crime ofertados por usuários e porte/posse de arma de fogo, com intensa probabilidade de tais elementos ficarem expostos à criança. E também pelo que ainda se considera pior, que é o próprio envolvimento da criança em tais crimes, como mencionado anteriormente.

E essa situação potencialmente expositiva, porque a criança mora com a pessoa envolvida em delitos, com potencial repicante a ele, é que não deve, *de per se*, deixar de ser valorada ante ao fato concreto.

Assim, conclui-se, inicialmente, de acordo com os fundamentos apresentados, considerado o bem maior da criança no caso em debate, e o resgate da mulher à ressocialização sempre que possível, que deve se verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar é a melhor medida, dado que ela, inequivocamente, colocaria a criança de volta à mãe, que, a depender do contexto, poderá voltar a delinquir. E caso ela assim proceda, estarão em risco o direito fundamental da criança ao desenvolvimento familiar hígido e a sociedade, submetida aos crimes que ela possa vir a praticar, vulnerando e violando, assim, duplamente, a ordem jurídica.

Destes fundamentos, entendemos que o Supremo Tribunal Federal ignorou essa realidade concreta, sendo os parâmetros por eles lançados, de somente a mulher ser sujeita à preventiva nos casos de crimes de violência e grave ameaça, inclusive contra o próprio filho, uma posição acanhada e perigosa da real dimensão do problema.

3 A ANTINOMIA NA PRÓPRIA LEI E A AUSÊNCIA DE PARÂMETROS CONCRETOS AO JULGADOR E A INDUÇÃO LEGAL À CONVERSÃO AUTOMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR

A conversão de prisão preventiva por domiciliar está prevista no art. 318, inciso V e parágrafo único, do Código de Processo Penal.

A mera leitura *ipsis litteris* do dispositivo indica, linha de princípio, que mulher em situação de prisão preventiva, com criança (até 12 anos incompletos), teria direito à prisão domiciliar.

É que o dispositivo não traz parâmetros ao Magistrado avaliador do preceito normativo, sobre “se” e “como” ele deve ou não promover a conversão da prisão.

Assim, uma interpretação rasteira do elemento normativo, enseja, de logo, a impressão de se tratar de direito subjetivo da mulher em tal situação.

Todavia, o contexto merece especial atenção, dado em conta os valores em risco no ordenamento jurídico.

Não se pode ignorar que, ao estabelecer a prisão domiciliar para mulher nesta situação, o legislador se calcou na Lei nº 13.257/2016, a qual tem por premissa o estabelecimento de diretrizes de proteção à primeira infância (até 72 meses de idade ou seis anos), conforme consta na epígrafe do diploma normativo. Todavia, no texto da lei, a hipótese legal restou firmada para conversão em “prisão domiciliar para genitora com filho menor de 12 anos”, ou seja, com evidente antinomia com a epígrafe legislativa. Desde o princípio, verifica-se que pode ter ocorrido análise superficial da questão.

Parece haver bastante diferença entre uma criança até seis anos para uma de sete a 12 anos incompletos, em vários aspectos, inclusive compleição física, porte e entendimento e compreensão das situações.

Essa antinomia se revela mais evidente quando da leitura do inciso III do art. 318 do Código de Processo Penal, que indica que o agente (homem ou mulher, portanto), para fazer jus à prisão domiciliar, deve ser “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência”.

Este dispositivo, crê-se, sem dúvidas, efetivamente, se preocupou com a criança, ao destacar que a pessoa que dela cuide deva ser imprescindível aos

cuidados da criança. Seriam aqueles casos em que a mulher não tem parentes, companheiro ou outras pessoas que possam cuidar da criança.

De qualquer forma, ocorreu a aprovação legislativa, com essa falha, que, inobstante não esboçar relevância jurídica do ponto de vista da regularidade formal da lei, revela ao menos que a lei pode ter sido discutida de forma insuficiente, a ponto de deixar transparecer esse antagonismo em seu próprio corpo legislativo, bem como deixou um vazio normativo de parâmetros judiciais, de forma a, praticamente, chancelar a soltura domiciliar de mulheres com filhos em situações que podem ser consideradas, no mínimo, preocupantes, como mulheres envolvidas em organizações criminosas ou que tornaram do crime a sua vivência (reiteração delitiva permanente).

4 VERIFICAÇÃO CONCRETA DA CAUTELARIDADE DA PRISÃO PELOS INSTRUMENTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Pelos argumentos iniciais, crê-se que está fincada a premissa de que a verificação concreta da cautelaridade para conversão da prisão em domiciliar para genitora é necessária. Passa-se à análise da questão de sua possibilidade.

É de se questionar se esse juízo de cautelaridade é possível, dada a taxatividade do disposto no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, que exige que apenas seja mãe de filho criança (menor de 12 anos) e que isso seja provado (parágrafo único).

Ora, o dispositivo – art. 318, *caput* – utiliza a expressão “poderá” e, como tal, indica a faculdade de o Magistrado, avaliando o caso concreto, poder ou não converter a prisão.

Para além da expressão permissiva, que admite o juízo de cautelaridade, há elementos processuais ainda mais robustos nesse sentido. É o que dispõe o art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal, inserido no Título IX, do qual faz parte a prisão domiciliar (Capítulo IV deste título).

Toda e qualquer medida cautelar do Título IX – ou seja, prisão, prisão domiciliar, liberdade com fiança, etc. – é sujeita aos requisitos gerais das medidas cautelares, quais sejam, necessidade e adequação.

A própria lei diz o que se entende por necessidade e por adequação.

A primeira está relacionada à “aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”.

A segunda, mais pertinente ao caso em debate, indica que é adequada a cautelar que leva em conta a “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

A adequação, como requisito cautelar, indica que deve se buscar acerca das condições pessoais do indiciado ou acusado. Entre as quais, naturalmente, não se pode ignorar, no caso concreto, a particular condição da acusada de ser mãe de criança, e esta averiguação não pode se dar de maneira meramente formal, tal qual como determina a lei, mas ao menos pela mínima investigação se a genitora, apesar de mãe no sentido formal, como tal se portava na vida cotidiana em relação ao filho, que dela foi apartado por força da prisão.

É, portanto, por meio da verificação da adequação da medida cautelar, que se verificará se deve ou não ser concedida prisão domiciliar em virtude do fato de ser genitora de criança¹⁹.

Fincado esse pressuposto processual (busca da adequação cautelar), há instrumentos processuais e de apoio que permitem materializá-lo. É o que ocorre na conjugação dos arts. 3º; 282, § 5º; e 156, inciso II, todos do Código de Processo Penal.

Este dispositivo admite ao juiz que realize diligências para dirimir dúvida relevante, no curso do processo. O § 5º do art. 282 indica que podem sobrevir razões que admitam a alteração de medida cautelar. O art. 3º do Código de

¹⁹ Outra não é a posição de Eugênio Paceli e Douglas Fischer (*Comentários ao Código de Processo Penal e a sua jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 648): “As hipóteses previstas nos incisos II e III poderão exigir prova pericial, a tanto não sendo suficientes laudos médicos particulares, a menos que sobre o respectivo conteúdo não paire qualquer dúvida, em qualquer das partes e também para o magistrado, a quem se incumbe o controle de legalidade das medidas restritivas de direito. Nunca é demais ressaltar que, especialmente nas hipóteses previstas no inciso II, cuidados redobrados deverão ser adotados, evitando-se situações que possam tender a desvirtuar a real situação de saúde do requerente. A Lei nº 13.257/2016 acresceu outras duas hipóteses para a concessão da prisão domiciliar: a) se a presa for mulher e tiver filho de até 12 anos de idade incompletos (inciso V); b) se o preso for homem e seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos (inciso VI). Tal qual defendido em relação à novel disposição do inciso IV, entendemos que a substituição da prisão por domiciliar não deverá ser automática. Deve ser aquilatada a necessidade pelo juiz de tal providência, fundamentando sobretudo em caso de indeferimento. E há se ter redobrados cuidados na interpretação destes dispositivos, pois, se houver a efetiva necessidade da prisão cautelar (excepcional), não se deverá substituir por prisão domiciliar. (*vide* anotações ao art. 317, CPP)”.

Processo Penal instrumentaliza o princípio da interpretação extensiva e analógica ao processo penal.

Ora, dada a relevante dúvida sobre se é possível ou não a concessão da medida cautelar, pode se valer o Magistrado de diligência, a fim de sanar tais dúvidas, mesmo em seara cautelar, porque esta forma os elementos para o processo. Assim, é cabível a realização de diligências em tal contexto.

Firmada sua possibilidade jurídica, vislumbra-se como adequada ao caso a diligência consistente no estudo psicossocial para aferir elementos acerca dos cuidados anteriores da criança pela genitora que busca a domiciliar.

Tal estudo tem aptidão para revelar elementos psíquicos (internos da criança) e sociológicos (do lar e da vizinhança da criança) acerca da criança, genitora, parentes e mesmo outros. Tal medida prestigia, em grande monta, a proteção concreta da criança.

Logo, os estudos, por equipe multidisciplinar do juízo, são elementos capazes de ensejar elementos de ponderação sobre a viabilidade da conversão de preventiva em domiciliar.

Também podem servir de fundamento estudos técnicos apresentados por órgãos públicos de apoio, como o Centro de Referência e Assistência Social (CRAS), o Centro de Referência Especializado de Assistência Social e órgãos oficiais de perícia.

Entende-se que o Conselho Tutelar também pode apresentar contribuição relevante, especialmente quando se parem sobre a genitora fundadas suspeitas de abandono, maus-tratos e abusos.

Parece igualmente cabível a nomeação de médico, assistente social ou psicólogo para tais casos, sob compromisso ao juízo, quando este não dispuser de melhores elementos estruturantes para aferir a situação concreta da genitora.

Por fim, entende-se como viável a oitiva de terceiros que tenham tido contato ou estejam a par da situação para verificar se o alegado condiz com o que se observa na realidade.

Assim, arremata-se que deve haver uma análise concreta sobre se se trata de genitora efetiva que cria, educa e prepara o filho para a vida em sociedade, e não apenas de pessoa que o gestou e o colocou no mundo, sem se preocupar com os nortes aos quais o filho (cidadão) está submetido.

Pondera-se, por pertinentes, que algumas situações são, naturalmente, mais sensíveis, como mulheres grávidas, em especial, a partir do sétimo mês de gestação (como constava na redação do revogado inciso IV), ou em caso de risco, e pelo prazo do aleitamento materno necessário à criança (comumente, até os seis meses, segundo a Sociedade Brasileira de Pediatria)²⁰, sendo situações nas quais, por evidência, é imprescindível a presença da mãe biológica. Devendo, ainda, se avaliar concretamente outras situações, além da indicação dos estudos psicossociais, para saber se a genitora que responde por crime, de fato, tem sido a principal referência para criança, ou mesmo se tem cuidado dela a contento, durante o processo, ou se a genitora apenas está utilizado o filho como escudo para não responder pelos seus atos cometidos contra a sociedade.

Passado tal prazo, naturalmente, caso a genitora seja condenada, entendemos que deve iniciar o cumprimento da pena, inclusive em regime fechado, a depender da gravidade dos fatos a serem apurados em cada caso concreto, porque não existe uma excludente de culpabilidade no ordenamento jurídico, dita “ser mãe”.

De outro lado, estaria criada, no ordenamento, uma situação impeditiva de punibilidade por cerca de 13 anos, considerado o tempo de gestação até que a criança complete 12 anos e se torne adolescente.

Isso se tornaria um perfeito escudo da impunidade, dado que a mulher poderia se valer dessa situação para continuar praticando delitos protegida pela legislação. E, para que continue solta, bastaria que tivesse outro filho.

Digo, é importante, porque mesmo essa situação provisória levada a cabo pelo STF é muito perigosa, e ousa-se dizer que ocorreu uma vulneração séria da sociedade, em vista do que comumente ocorre em situações de mulheres envolvidas com o crime.

Em regra, nos crimes de tráfico de drogas, talvez os mais perniciosos da sociedade moderna, porque gera uma espiral de crimes, o esposo ou companheiro da mulher realiza as atividades principais. A mulher, às vezes, participa diretamente, atuando tanto na preparação das porções de drogas quanto na atividade de secretariado, efetuando contatos com usuários ou na entrega da droga. Isso quando o casal não converte a residência em “boca de

²⁰ Sociedade Brasileira de Pediatria, Manual do aleitamento materno. Disponível em: <<http://www.sbp.com.br/publicacoes/publicacao/pid/manual-de-aleitamento-materno/>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

fumo”, ponto no qual os usuários se dirigem para comprar drogas. Às vezes, as mulheres não se envolvem diretamente na atividade criminosa, embora dela se beneficiem pelos lucros auferidos²¹.

Mas seja em um ou em outro caso, o que a experiência tem mostrado é que, quando o companheiro é preso, normalmente, a mulher promove a continuidade do negócio criminoso e assume o lugar do marido. Essas mesmas mulheres, em geral, têm filhos desses companheiros, sendo, geralmente, menores de 12 anos. Então, como se observa a pura interpretação dada pelo STF no HC coletivo, chega a ser perigosa, pois, ao furtao do juiz natural a análise do caso concreto, pode permitir que a criminalidade seja amplamente potencializada e que a criança, “pivô” da soltura, esteja ainda mais vulnerável do que se a mãe presa estivesse.

CONCLUSÕES

Apresentada essa problemática, acreditamos, que *data maxima venia*, ao estabelecer HC 143.641/SP, como se lei fosse (coletivo), o Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo da questão das mulheres gestantes, que, mais sensível, como ressaltado neste estudo, nos demais casos, deixou o Tribunal de desconsiderar essas situações concretas e vulnerou não apenas a sociedade, mas as próprias crianças, que, sem essa valoração do caso específico, podem estar sujeitas a um desenvolvimento perigoso, divergente dos princípios e valores da República.

Parece que a Justiça e o Direito passam por uma fase não tão boa da compreensão de seus próprios limites e valores. Para Hans Kelsen²², o ordenamento era concebido como estrutura jurídica, norma antecedente (conduta) e conseqüente (sanção). Era o direito estrutural. Essa teoria pura do Direito nos tem servido desde o século passado, no qual o liberalismo ainda foi pujante.

Mas Norberto Bobbio²³ percebeu que a mudança do perfil de Estado liberal para social (prestacional) ensejou à Justiça e ao Direito uma nova concepção, que é o Direito não mais apenas como estrutura, mas também como função, ou seja,

²¹ Afirnam-se estas situações pela vivência na magistratura criminal desde 2012.

²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Baccaccia Versani. Barueri/SP: Manole, 2007.

um direito que visa atingir objetivos, como o desenvolvimento do ser humano e da sociedade (p. ex. direitos sociais e normas de incentivo). De fato, como abordou-se no texto, o Direito e a Justiça se preocupam com o desenvolvimento da criança e do adolescente, bem como da própria mulher, que, em casos mais leves ou de não patente reiteração delitiva, pode ser posta em prisão domiciliar, devendo ser inserida em programas sociais, em especial, aqueles nos quais ela possa desenvolver uma profissão, a fim de ter um trabalho como as demais cidadãs.

Contudo, parece que é preciso dirigir-se a um novo patamar, no qual Direito e Justiça sejam pensados não apenas como estrutura, ou como estrutura e função, mas também como estrutura, função e virtude, conforme tem ensinado Michael J. Sandel²⁴, eminente jusfilósofo de Harvard, para quem a Justiça e o Direito não são apenas a utilidade (máxima satisfação ao maior número de pessoas) de Jeremy Bentham ou os direitos humanos (pelo simples fato de estar positivado seria absoluto – imperativo categórico) de Immanuel Kant, porque nem só a utilidade, nem só os direitos humanos são capazes, sozinhos, de construir uma sociedade desejável. Mas é a virtude, por meio da busca do bem comum e geral, que permite que não ocorra a autofagia social. Apenas o olhar por todos, naqueles valores que, hoje, estão em desuso, porque cada qual está tão preocupado com seu direito individual que permitirá uma conjugação justa de valores da sociedade moderna.

Luís Eduardo Schoueri²⁵, no Brasil, já identifica que o caminho para o qual o Estado e o Direito apontam é o da ética e do coletivo, em que a comunidade, em busca, em especial, desse valor ético, deve tomar protagonismo para fazer realizar seus próprios objetivos.

Ao que tudo indica, já temos isso em nosso ordenamento, pois nossa Constituição prevê fundamentos da República (CF, art. 1º, II e III) como a dignidade humana (direitos humanos e “o eu”) e a cidadania (deveres humanos, “a sociedade”, “nós” e “o outro”), e, ainda, os objetivos da República, como a “construção de uma sociedade justa, livre e solidária” e a “promoção do bem

²⁴ SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributação e liberdade*. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

de todos” (deveres humanos) e “a garantia ao desenvolvimento, redução de desigualdades e eliminação de preconceitos” (direitos humanos).

No estudo em tela, observou-se que os demais atores dessa questão, a saber, a sociedade e mesmo a criança, não tiveram suas situações bem ponderadas. Foram considerados os direitos humanos da genitora, mas não foi ponderado o direito concreto da criança a ter uma criação minimamente digna, porque, como revelado, infelizmente, nem toda “mãe é mãe”. Não foi ponderado que essa mesma mulher fez uma escolha por ter um filho, ou ao menos admitiu a possibilidade de tê-lo ante o fato de se relacionar sexualmente. E, por isso, ela se torna responsável por ele (princípio da autorresponsabilidade), deve estar com ele, mas não deve, nem pode usá-lo como escudo de práticas ilegais. Não foi ponderado que essa mesma mulher não promoveu o bem de todos, pois, ao se envolver com crimes, violou expressamente a própria sociedade da qual faz parte.

A par dessas considerações, por outro lado, deve ser oportunizada àquelas mulheres que não se envolvam novamente em práticas delitivas a possibilidade da prisão domiciliar, em especial, pelo aspecto promocional do Direito, na busca da redução de desigualdades para que a mulher possa ter capacitação e emprego, de forma a que não se torne um membro efetivo de organizações criminosas.

Enfim, a ausente ou baixa ponderação dessas questões parece que, por uma ponderação incompleta dos direitos humanos, pode findar por vulnerar os bens mais preciosos em nossa sociedade: as crianças. E, ainda, pode o STF ter concedido um alvará irrestrito para que organizações criminosas como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV), por meio das mulheres genitoras e companheiras dos membros dessas facções, tenham obtido a perfeita desculpa para que elas promovam a continuidade de práticas criminosas, que assumam a ponta do tráfico (atos operacionais) ou mesmo o comando, dado que convenientemente amparada pelo escudo da impunidade, o qual já opera eficazmente quanto aos menores adolescentes infratores que praticam atos infracionais equivalentes ao tráfico de entorpecentes.

Destas conclusões, apresenta-se como *lege ferenda*, nova redação e renumeração do parágrafo único do art. 318 do Código de Processo Penal, e o acréscimo de três outros parágrafos:

Art. 318. [...]

[...]

§ 1º A prisão domiciliar será sempre ponderada com a necessidade, possibilidade e proporcionalidade da prisão preventiva no caso concreto.

§ 2º A substituição será sempre valorada pelo magistrado, que exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo, podendo converter o pedido em diligência para produção de provas de ofício.

§ 3º Nas situações que envolvam criança, se avaliará, com preponderância sobre outros interesses em questão, o melhor interesse dela. Devendo ser dela afastada os genitores que cometam atos violentos ou hediondos contra a criança ou a terceiros.

§4º Na concessão da prisão domiciliar, em especial, sem risco de reiteração delitiva, deverá o magistrado, quando possível, encaminhar o transgressor a programas sociais, de capacitação e colocação profissional, a fim de potencializar sua ressocialização antecipada.

Essas alterações podem se constituir em interessantes mecanismos de equilíbrio de interesses. Primeiro, para balizar concretamente as duas medidas, pelos parâmetros da proporcionalidade; segundo, para garantir ao juízo, de forma expressa, o poder de diligências; terceiro, ao estabelecer que o interesse da criança prevalecerá; e quarto, para as situações mais leves, em que haja potencial de recuperação da genitora, deve-se pensar nessa oportunidade, como forma de resgate social.

Ora, ao se proteger a criança, está-se protegendo a sociedade. Sendo mesmo evidente que uma genitora que seja considerada boa mãe, mas que tenha potencial de reiteração delitiva (vulneração da ordem pública), ao potencializar essa situação ao filho, naturalmente, a ele não jus, devendo ser colocada a criança com parentes, terceiros interessado e, em último caso, acolhida, para que não seja ela destruída pelos valores inversos que fica potencializada a receber com uma genitora envolvida com atividades criminosas habituais.

Sem prejuízo disso, a situação em si do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP precisa, com olhares mais amplos, ser reavaliada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues et al. *Curso de direito da criança e do adolescente - Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ATHAYDE, Celso; BILL, MV. *Falcão: mulheres e o tráfico*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Baccaccia Versani. Barueri/SP: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988. Institui a Constituição Brasileira. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.689 de 3.10.1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 04 abr. 2018.

_____. Lei nº 8.069 de 13.07.1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 03 abr. 2018.

_____. Lei nº 10.406 de 10.01.2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 04 abr. 2018.

_____. Decreto nº 99.710 de 21.11.1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143.641/SP. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. DJE 21.02.2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2018.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Livro IV - Do Direito de Família. In: PELUSO, César (Org.). *Código Civil comentado - Doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Manole, 2015.

ESTADÃO. O poder geográfico. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/cidades/dominios-do-crime/poder-geografico>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

FUELLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: RT, 2018. Edição digital.

GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; VILAS BOAS; Cristina Campolina. *Mulheres na prisão: um estudo qualitativo*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAMENZA, Francismar. Lei 8.069 de 13.07.1990. In: LAMENZA, Francismar; MACHADO, Costa (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado* – Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2012.

MACHADO, Marta Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MINAS GERAIS. TJMG. Apelação Cível nº 1.0079.11.0103201/001, 4ª Câmara Cível, Relatora Ana Paula Caixeta, DJe 23.07.2014.

MONDIN, Elza Maria Canheti. Práticas educativas parentais e seus efeitos na criação dos filhos. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/psicologiaargumento/article/viewFile/19885/19187>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

ODRZYWOLEK, Carolina Vieira. Não que o esteja culpando, mas ele era o traficante: a inserção da mulher no tráfico de drogas. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/100104>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 1.386 de 1959. Institui a Declaração dos Direitos da Criança. Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em 06 abr. 2018.

PACCELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e a sua jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RDNEWS. MT tem duas organizações criminosas, Comando Vermelho é a mais atuante. Disponível em: <<http://www.rdnews.com.br/cidades/mt-tem-2-organizacoes-criminosas-comando-vermelho-e-a-mais-atuante/79584>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e liberdade. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

SOCIEDADE Brasileira de Pediatria. Manual do aleitamento materno. Disponível em: <<http://www.sbp.com.br/publicacoes/publicacao/pid/manual-de-aleitamento-materno/>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

SOUZA, Kátia Ovídia José de. A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a05>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

ZALUAR, Alba. Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, fev. 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091997000300003>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

Submissão em: 04.05.2018

Avaliado em: 09.05.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 10.07.2018 (Avaliador D)

Aceito em: 11.07.2018

PUNITIVISMO, CRIMINOLOGIA E A IMPORTAÇÃO DE TEORIAS: UM ESTUDO A PARTIR DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

PUNITIVINESS, CRIMINOLOGY AND IMPORT THEORIES: AN STUDY ABOUT YOUTH CRIME PROCEEDING

Érica Babini Machado¹

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE, Recife/PE, Brasil)

Milena de Oliveira Santos²

Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP, Recife/PE, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: criminologia; direito da criança e do adolescente; direito penal.

RESUMO: O trabalho discute implicações das características de um Direito Penal subterrâneo na sociedade brasileira, o qual é resultado de metamorfoses na recepção de teorias jurídicas estrangeiras, especialmente as relativas ao controle social formal, no âmbito do sistema juvenil. O problema de pesquisa é questionar em que medida essa particularidade brasileira

manifesta-se em lacunas legislativas da Doutrina da Proteção Integral, no que tange à apuração do ato infracional e à aplicação de medidas socioeducativas (responsabilização juvenil). O uso do marco teórico da criminologia crítica implica partir da compreensão sobre como as teorias criminológicas, importadas acriticamente da Europa, que fundamentaram o poder de punir, foram manipuladas na América Latina para atender aos interesses de manutenção de poder e estabeleceram

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora do Programa e Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Recife/PE. E-mail: ericababini@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7784333143703014>>.

² Promotora de Justiça do Estado de Pernambuco (MPPE). E-mail: millous@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/4591704346984080>>.

uma cultura jurídica de exercício do poder punitivo e que marcam a hermenêutica judicial. Nesse cenário, as aberturas de discricionariedade no Estatuto da Criança e do Adolescente tornam-se práticas de arbitrariedade, como apontam diversas pesquisas. Por tudo isso, o operador do Direito deve exercer uma vigilância permanente na sua prática. Para essa abordagem, metodologicamente, realiza-se revisão bibliográfica e resgate de pesquisas que tratam sobre a aplicação da legislação nos Tribunais.

ABSTRACT: *The paper points out the consequences of the process of reception of foreign theories in the Brazilian society. The practice were metamorphosed by lawyers and create a under legal system – especially with themes about formal social control. Starting from this point, authors problematize gaps in the youth criminal law and, underlining the juridic culture created by that punitive power, indicate arbitrary rather than discretionary. The authors use the critical criminology by a decolonial point to understand power mechanisms. Theoric review is done and is used public research on the practice of youth justice.*

PALAVRAS-CHAVE: responsabilização juvenil; criminologia crítica; doutrina da proteção integral; ato infracional.

KEYWORDS: *youth responsabilization; critical criminology; integral protection doctrine; youth crime.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Criminologia: um saber-poder; 2 Criminologia na América Latina e a metamorfose no processo de importação; 3 A construção do Direito da Infância e da Juventude – As raízes do Código de Menores; 4 Doutrina da proteção integral e hermenêutica jurídica; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Criminology: a knowledge power; 2 Criminology in Latin America and the metamorphose importation; 3 The youth law in Brazil – roots of Minors Code; 4 Integral protection doctrine and judicial hermeneutics; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O trabalho em questão parte da concepção da criminologia, que, historicamente, é um saber que fundamentou o poder de punir, sendo, portanto, durante muito tempo, um grande regime de verdade e opressões, de modo que ter a criminologia crítica como paradigma de análise significa que, por mais incômodo que seja, reconhecer isto é um ato de honestidade por parte do criminólogo crítico (Zaffaroni, 2003).

Outrossim, o processo de recepção desse saber europeu na sociedade brasileira foi pautado por uma série de metamorfoses ao longo da história e

constituiu uma cultura social e jurídica que ainda imprime formas de pensar e executar o controle social formal.

Partindo desse pressuposto, bem como o fato de que a teoria da Doutrina da Proteção Integral materializada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também foi importada e que guarda uma série de dispositivos ambíguos, especialmente no que tange à responsabilização penal juvenil, o objetivo deste ensaio é questionar se há inter-relações entre essas duas perspectivas e quais as consequências, em caso positivo.

Trata-se, portanto, em termos metodológicos, de revisão teórica de bibliografia e análise de legislação a partir do marco teórico da criminologia crítica latino-americana, com a revisão de algumas pesquisas que tratam sobre a aplicação do ECA.

1 CRIMINOLOGIA: UM SABER-PODER

Já foi mencionado que a criminologia foi, ao longo da história, um saber que fundamentou o poder de punir, de modo que ser portador do discurso da verdade significa, de certo, detenção de poder, pois “é no discurso que se organizam os regimes de verdades, ordenadores das formas de ver e instituir o mundo. Quem tem a ‘verdade’ tem o poder de dizer o que é normal e o que é desvio, por exemplo” (Brito, 2007, p. 86).

Aliás, o discurso é uma espécie de vontade de verdade que se põe em jogo o poder e o desejo de se dar a última palavra (Bourdieu, 2010); uma manifestação da representação social; é uma peça de oratória para a persuasão, uma ponte entre o pensar e o falar; o pensamento revestido de signo que se torna visível pelas palavras para produzir um sentido. Uma violência de imposição de verdade.

Sem pretender fazer uma incursão histórica, evitando o que Luciano Oliveira (2004) orienta em “Não fale do Código de Hamurabi”, mas que se justifica para se apreender os fundamentos do poder de punir, a origem do discurso criminológico, contrapondo-se à tradição de que o nascedouro tem marco afixado na Escola Clássica e Positivista, é possível identificar elementos da teoria criminológica já na época da Inquisição, em que o martelo das bruxas foi o primeiro livro de criminologia da história; os demonólogos, os primeiros teóricos; e os exorcistas, os primeiros clínicos (Zaffaroni; Batista, 2003).

Foi realmente no período do século XIX que se deu a cientifização do saber criminológico. Com a Revolução Industrial a todo vapor na Inglaterra, a mão de obra era intensamente demandada e teve na casa de correção uma alternativa fundamental para o disciplinamento daquelas pessoas tão bem acostumadas com o campo – de onde partiam em êxodo e a vida pacata e tranquila que desfrutavam (Melossi, 2006).

Para a fundamentação teórica desse exercício de controle, foi produzida uma matriz discursiva comum, baseada na neutralidade científica e na generalização, promovendo uma racionalização justificadora a partir de um quadro teórico centrado em estereótipos e etiológicas, naturalizando o aprisionamento sem qualquer questionamento acerca de seletividade e de questões sociais.

O saber médico, como visto desde a desconfiguração da demonologia, passou a realizar papel fundamental neste novo cenário, indicando, pela medicina individual, a psiquiatria alienista e o higienismo, aqueles sujeitos que seriam portadores de anomalias e imperfeições, devendo ser curados para o bem de todos.

Então a profilaxia social foi guiada pela medicina, que, além de sanar enfermidades, tinha por função estabelecer relações com organização social, indicando leis, auxiliando o Magistrado e vigiando a saúde pública. Tudo ordenado pelos cânones científicos.

A criminologia positivista tem berço neste contexto. Imunizada de críticas, devido ao caráter científico de suas investigações, a própria nomenclatura “estudo do crime” é construída com a finalidade de explicar cientificamente a criminalidade.

A Escola Positiva, originada do estudo da antropologia criminal e da análise dos dados, tem, em Lombroso, o início do estudo do homem sob perspectivas fisiológicas e psíquicas. Nas observações de loucos e delinquentes, percebeu o legista italiano que estes são uma variedade antropológica à parte que apresentam caracteres especiais, desde a patologia à degeneração e ao atavismo, representando, portanto, raças inferiores, diferentes do tipo normal de homem, desenvolvido e civilizado (Lombroso, 1897).

A figura do “homem delincente” define sinteticamente os esforços do saber, indicando um ente diferente, como uma espécie de outra raça da do ser humano. Estabeleceu-se a diferença entre seres inferiores e superiores, e este

mecanismo foi apropriado pelos sistemas punitivos como forma de justificação de sua atuação.

A proposta de defesa social baseava-se na prevenção geral, justificando o sequestro e o isolamento do indivíduo para, ao mesmo tempo, proteger a sociedade e tratar o desviado, afinal, o delinquente era um doente com desvios físicos e psíquicos, e deveria ser colocado em instituições disciplinadoras. Era necessário uma verdadeira rede, posto que as classes perigosas ameaçam naturezas diversas – criminal, sanitária e política – e podiam provocar epidemias, crimes ou rebeldias. O controle de instituições deveria ser completo.

A partir do instante em que se esboça a constituição de um saber médico sobre a sociedade, desde que se inventariam, com o objetivo de normalização, os componentes do espaço urbano, o objeto da medicina adquire uma dimensão de totalidade; o que é passível de intervenção da medicina passa a não possuir fronteiras no interior da vida social. (Machado, 1978, p. 234)

É de bom alvitre atentar para o fato de que o discurso darwinista, em termos políticos, foi a base de sustentação teórica para as práticas conservadoras, especialmente do imperialismo europeu de dominação do mais forte e mais adaptado à seleção natural – a Europa sobre o continente africano e asiático, fato que garantiu a visibilidade e a penetração da ciência evolutiva e determinista dos finais do século XIX, até então desconhecida (Schwarcz, 1993).

Não é necessário adentrar nos detalhes das obras do positivismo bioantropológico de Lombroso, o positivismo idealista de Garofalo e o penal-sociológico de Ferri, porque não é o propósito desta passagem, mas apenas assinalar que o determinismo biológico e social foram construídos como causas da criminalidade, cabendo às estruturas do Estado conter o avanço do doente e curá-lo (Baratta, 2002).

A ciência, portanto, exerceu papel fundamental para neutralizar as críticas e elaborar o desenho teórico da nova demanda, com o objetivo de “proteger o capital, conservar a ordem e não perturbar o progresso” (Del Olmo, 2004, p. 44), não sendo a criminologia somente o desenvolvimento do pensamento científico, mas manifestação para a práxis social da época.

O mais importante neste trabalho é perceber como este conhecimento foi recepcionado no Brasil, não perdendo a noção de que a criminologia é

essencialmente o estudo do curso dos discursos para ordenações em modelos econômicos e sociais (Batista, 2011, p. 33), de modo que é possível perceber como os discursos oficiais fizeram crescer o temor ao “outro”, associando-o ao demoníaco, autorizando a operacionalização e expansão do poder que se gestava como ferramenta para reprimir as emergências (Anitua, 2008, p. 12).

Considerando esse contexto, a presente análise está justificada, uma vez que é fundamental discutir em que medida a importação de teorias salvacionistas dos países centrais, por mais sedutoras que pareçam, estão carregadas da violência colonizadora sobre o mundo periférico. E além de ter se tornado um ente na cultura jurídica, necessário se faz, portanto, a fim de que os países latino-americanos resgatem a sua identidade, “negar o mito civilizatório” (Dussel, 2005, p. 42).

2 CRIMINOLOGIA NA AMÉRICA LATINA E A METAMORFOSE NO PROCESSO DE IMPORTAÇÃO

No final do século XIX, o Brasil era apontado pelos viajantes como um caso único e extremado de miscigenação racial. Um cruzamento que rendeu à população um estigma da deterioração, nas menções europeias, tornando-se, portanto, a questão racial um elemento determinante para os destinos da nação. A hipótese que se lança é que esta é a razão do sucesso das teorias raciais na Europa dos oitocentos, chegada tardiamente no Brasil (por volta da década de 1970) e profundamente acolhida pelos centros de pesquisa e ensino que, à época, congregavam a elite intelectual nacional (Schwarcz, 1993).

Inclusive, esse o modelo racial no Brasil foi consumido e aplicado com originalidade e contradição, pois esse racismo floresce no modelo liberal de atuação política e concepção do Estado – projetando liberdade individual (liberalismo) em um grupo entendido em sua estrutura biológica singular.

Na verdade, o modelo teórico justificava o jogo de interesses da conservação de uma hierarquia social bastante rígida para estabelecer critérios diferenciados de cidadania (o que era contraditório ante a necessidade de ascensão internacional – projeto nacional – que se imperava), exemplificado exatamente na necessidade da elite local consumir a literatura estrangeira, crendo na inevitabilidade do progresso e da civilização. Um mal-estar excessivo, pois, “paradoxalmente, a introdução desse novo ideário científico expunha, também, as fragilidades e especificidades de um país já tão miscigenado” (Schwarcz, 1993, p. 46).

Nesse período, destaca-se o movimento dos propagandistas ou glosadores, nas palavras de Roberto Lira Filho, composto por intelectuais que replicaram o conteúdo do positivismo criminológico europeu sem qualquer preocupação local, em um processo maculado de importação da verdade.

Os glosadores foram, assim, os responsáveis pela “produção” inicial de conhecimento jurídico no País, consagrando o ideal de que a origem da verdade se encontrava nos estudos e escritos provenientes dos países centrais.

A partir da sedimentação teórica do conteúdo importado, o entendimento destes glosadores, a exemplo de Aurelino Leal, consolidou-se no sentido de combate aos incapazes, criminosos, anormais de todo o gênero, mendigos e negros, sob fundamento de que significavam ameaça e degeneração da classe dos homens bons. Viveiros de Castro, na mesma linha de entendimento, sustentava que “o crime é efeito do contágio, transmite-se como um micróbio” (1894, p. 363). E, acolhido por diversos juristas da Primeira República, a estruturação deste pensamento na realidade brasileira é, ainda hoje, extremamente presente.

Na segunda metade do século XIX, em decorrência da drástica redução do fornecimento de escravos e do crescimento vegetativo negativo das famílias escravizadas, iniciou-se um colapso da mão de obra no Brasil. A escassez de mão de obra e o ideal de embranquecimento da população incentivaram a imigração europeia. Entendia-se que “as raças estrangeiras sãs e fortes beneficiam o elemento nacional; da mesma maneira que se importa gado para ser cruzado com o de nossa propriedade econômica para incrementar o negócio” (Rodrigues, 1957, p. 179).

Dessa maneira, ocorreu, no período pós-abolição, no território brasileiro, um fenômeno interessante: o imigrante branco passou a ser visto como mão de obra qualificada, apta a quaisquer trabalhos minimamente intelectuais, enquanto que o ex-escravo passou a ser usado como mera ferramenta de trabalho para atividades exclusivamente braçais. “No caso da América Latina, para classes dominantes, a única raça capaz de obter progresso era a raça branca. As outras seriam consideradas perniciosas porque levavam consigo ‘elementos degenerativos.’” (Rodrigues, 1957, p. 175)

Fisicamente, havia liberdade, porém o negro e seus descendentes foram enquadrados como intelectualmente desqualificados, além de mais propensos, antropológicamente, ao delito, em razão de sua suposta individualidade inferior,

proporcionando, unicamente, a alteração na espécie de segregação, enraizando-se o ex-escravo na base da pirâmide social.

Abolida a escravatura a 13 de maio de 1988, não foi toda forma de atividade que passou a ter apreço no Brasil. [...] o trabalho só era compatível com um reduzido número de profissões e atividades. Nessa escala, todos os tipos de trabalho antes confiados aos escravos e artesãos, bem como as funções subalternas que historicamente lhes eram afins, no comércio e na indústria, estavam desde logo excluídos. (Trindade, 2002, p. 25)

Mais: todos os elementos estruturantes e psicossociais (manifestações culturais, crenças e valores) do ex-escravo eram sinônimo de inferioridade, desconfiança e objeto de criminalização; pontue-se a caça aos capoeiras. Neste sentido, destaca o médico legista Leonídio Ribeiro que as práticas religiosas dos negros eram preocupantes e consideradas um perigo para a sociedade e para a saúde pública (Ribeiro, 1945).

Entoando o discurso marginalizador, Raimundo Nina Rodrigues, importante voz acerca do tema, declarou, de forma recorrente, a suposta superioridade da “raça” branca, que deveria defender-se dos anseios daquelas inferiores (negros, índios, asiáticos e mestiços).

A civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria de raça branca a quem coube o encargo de defendê-la [...] contra os atos anti-sociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceitos dessas raças ou seja, ao contrário, manifestações de conflito, da luta pela existência entre a civilização superior da raça branca e dos esboços de civilização das raças conquistadas ou dominadas. (Rodrigues, 1957, p. 174)

Seguiu-se, assim, o processo de socialização dos ex-escravos nascidos em terras tupiniquins e seus descendentes, que não chegaram a conhecer a dor das correntes nos calcanhares, mas nasceram com a marca da segregação em seu tom de pele, suportando as consequências da herança da marginalização social.

Como se vê, a estruturação societária do Brasil foi inaugurada em uma organização fundada no escravagismo e uma servidão ao mercado mundial, com

profundas distâncias sociais, “gerada pelo tipo de estratificação que o próprio processo de formação nacional produziu” (Ribeiro, 1995, p. 82).

E, neste sentido, o sistema punitivo configurou-se como uma ferramenta indispensável para o estabelecimento da ordem, em que as elites – primeiro, lusitanas; depois, luso-brasileiras; e, afinal, brasileiras –, em pânico com o crescimento das classes oprimidas, utilizaram a brutalidade repressiva contra qualquer insurgência ao autoritarismo do poder central e para a dominação do corpo para executar o que era desejado.

Sim, porque o processo de consolidação das relações de produção capitalista precisava se naturalizar, o que se deu com o argumento colonial/imperial da submissão/conquista, devido à “superioridade evidente”, o qual foi vivenciado na carne dos índios, negros e camponeses em profundas transformações dos meios de vida ao longo do tempo, e aqueles que “não conseguirem se incorporar irão desaparecer na totalidade do tempo – espaço eurocêntrico para toda a humanidade” (Lander, 2005, p. 33).

Alertando que a importação do positivismo criminológico se deu de maneira acrítica pelos países periféricos, Rosa Del Olmo (2004, p. 160) pontua que houve uma espécie de escolasticismo, pois “bastava que um fato fosse afirmado por Galileu, Darwin ou Spencer para que fosse acreditado. Os fatos eram aceitos sem qualquer discussão”.

Ainda sobre a exacerbada e incômoda valorização da criminologia positivista europeia, em interessante diagnóstico sobre a aplicação reverencial realizada no Brasil, no que diz respeito à teoria foucaultiana, Luciano Oliveira destaca que, *a priori*, deve-se analisar em que medida a nossa sociedade preenche os requisitos que a caracterizariam como disciplinar. Isso porque este é o primeiro elemento considerado pelo filósofo francês para construção do panóptico, p. ex.

Isso evidencia que devemos estar sempre conscientes: em um país como o nosso, o buraco da disciplina sempre foi mais embaixo. [...] Na verdade, a prisão brasileira do século XIX, mas também a do século XX, desmente dois dos pressupostos fundamentais de uma instituição panóptica: em vez do adestramento das almas, o “espancamento na rua ou no posto policial” como regra (Holloway, 2009, p. 253); e em vez do “princípio da inversão da masmorra” (Foucault, 1977,

p. 177), a masmorra como princípio, pois a endêmica insuficiência de vagas leva à solução mais óbvia, imediata e barata, qual seja entulhar os exíguos espaços com o maior número possível de presos. (Oliveira, 2011, p. 323)

Com esses elementos, o olhar do pesquisador ao tratar de criminologia deve ser redobradamente cuidadoso, portanto. Inegáveis as contribuições dos renomados criminólogos europeus, principalmente na análise acerca dos elementos classe social e gênero. Todavia, existem peculiaridades inerentes aos países periféricos, que, por honestidade, devem ser consideradas na construção de uma teoria criminológica aplicável concretamente na América Latina.

Acerca destas peculiaridades, necessário destacar o papel da elite na formação do Direito brasileiro, pois o protagonismo praticamente exclusivo atuou em um processo que forjou a realidade nacional, reproduzindo em cascata uma inadequação que repercutiu na realidade atual. A inadequação desses paradigmas positivistas dificulta, atualmente, a real apreensão da realidade nacional e macula a correta aplicação dos preceitos criminológicos na análise dos problemas inerentes ao nosso território.

E, neste sentido, destaca Alvarez que os ideais positivistas, da maneira como foram importados para os países periféricos, introduziram e solidificaram a concepção de que a principal espécie de crime que deve ser combatida é aquela de prática urbana individual e, mais, que a etnia originariamente brasileira (negra, mulata, mestiça) possui o estereótipo de homem criminoso. O senso comum e as práticas do operador do Direito brasileiro estão impregnados destas concepções.

Não apenas se voltaram para as assim chamadas classes perigosas, mas que igualmente criaram e fizeram circular concepções e estigmas que impregnaram profundamente o senso comum e as práticas dos operadores do Direito e dos agentes de controle social no Brasil ao longo de quase um século. (Alvarez, 2007, p. 72)

Enfim, verifica-se que a importação dos ideais positivistas realizou-se em território nacional por meio de um processo de metamorfose, tomando como fundamento a inferioridade da “raça” e a suposta degeneração do povo

que justificaria não apenas os altos índices de criminalidade, mas o próprio subdesenvolvimento dos países periféricos, perpetuando-se até a modernidade.

O conceito de degenerescência foi transferido com um “assombroso transplante”, tomando a mestiçagem como o fato de inferioridade, dada a comprovação da superioridade da raça branca, já comprovada pelos estudos científicos da frenologia, desde o século XIX, com Gall e Spurtzheim (Batista, 2011, p. 42).

3 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - AS RAÍZES DO CÓDIGO DE MENORES

No âmbito da infância e da juventude, verifica-se que estas concepções de cientificismo e “vanguarda” foram responsáveis pela constituição de nossas primeiras instituições repressivas, a exemplo do Laboratório de Biologia Infantil. Fundado no Rio de Janeiro, este instituto praticava exames nos “menores delinquentes” e abandonados, consolidando, em nosso território, o entendimento positivista de fusão entre ciências médicas e jurídicas para a identificação do ser desviante.

As casas de correção, na mesma esteira, destinavam-se a cuidar dos adolescentes.

Houve, de certo, uma justificativa ideológica que fundamentou a incorporação do ideal lombrosiano em território brasileiro: necessidade de aquisição de *status* de primeiro mundo, estratégia política para inserir-se junto aos países centrais e manutenção da exploração de uma classe historicamente oprimida. Esclarece Alvarez (2007, p. 85) que o

conhecimento voltado para a compreensão do homem criminoso e para o estabelecimento de uma política “científica” de combate à criminalidade será visto pelas elites, desde o final do século XIX, como um instrumento essencial para a viabilização dos mecanismos de controle social necessários à contenção da criminalidade no país.

Neste contexto, nasce, em 1929, o primeiro Código de Menores e o Código Penal de 1940, que, inevitavelmente, acabam por incorporar os ideais positivistas por meio da importação cega de seus preceitos.

Com a promulgação do Código de Menores de 1929, as crianças – que, até então, não tinham sido objeto de preocupação – passaram a ocupar posição de destaque nos estudos de criminologia, em razão do reconhecimento de seu *status* de futuro da nação, diante do contexto filosófico de ordem e progresso.

A partir deste momento, inicia-se um processo de moralização e intensificação do ideal de embranquecimento da população brasileira, direcionado também para a população infantil, que implicou, por exemplo, na criação de escolas com acesso exclusivo para crianças brancas na cidade de São Paulo. Tratava-se de uma época de reafirmação da nação, cujos valores vigentes podem ser extraídos do discurso do Senador Lopes Trovão, em 1896: “Temos uma pátria a reconstruir, uma nação a firmar, um povo a fazer [...] e para empreender essa tarefa, que elemento mais dúctil e moldável a trabalhar do que a infância?!” (Rizzini, 2011, p. 23).

Pontue-se que o futuro da nação, sob aquela perspectiva, encontrava-se nas mãos das crianças brancas, pois a prole oriunda dos ex-escravos era tida como exemplo nas indústrias têxteis paulistas, p. ex.

Percebe-se, assim, que a manobra para a manutenção do cenário de marginalização social e perpetuação da exploração da população afrodescendente, permitindo a garantia do poder para a elite branca, foi articulada com fundamento nas mais diversas perspectivas (“científicas”, políticas, econômicas e ideológicas).

A construção política do Estado brasileiro não poderia permitir que fosse diferente com o sistema jurídico, pois o igualitarismo pregado pela República era apenas abstrato, e não real, de modo que se valeu das ideias científicas para legitimar a desigualdade natural e inevitável entre os homens – esse foi o terreno propício para a instalação das correntes positivistas (Ferla, 2009).

Por estas razões que se encaixa perfeitamente a argumentação de que o problema do subdesenvolvimento residia na raça mestiça do povo latino-americano.

A discussão sobre a responsabilização do adolescente em conflito com a lei implicou, historicamente, a preocupação com um sistema especial para atendimento desses sujeitos. A peculiaridade ficou clara com a criação de uma justiça especializada (os primeiros Tribunais de Menores), expressas na junção dos objetivos de controle-proteção, com o dilema crucial de harmonizar defesa

social e piedade assistencial, próprios do paradigma da situação irregular (Alvarez, 1989).

Este quadro demonstrou o anseio moralista da proteção que, muito mais do que um direito, era uma imposição para os menores, de modo que terminou por dividir a infância entre aqueles que precisavam do sistema de justiça – os menores (abandonados e delinquentes) – e os que dela não necessitavam – as crianças.

A legitimação deste discurso, dada pela teoria da defesa social, concedeu aos Tribunais de Menores (do Código de Menores de 1927 ao de 1979) toda a competência para a salvaguarda da sociedade e a proteção da infância abandonada, de modo a preservar a infância em perigo moral em uma espécie de administração da questão penal. As funções do juiz eram de caráter familiar, sendo, pois, um bom pai, vigilante (García Mendez, 1992).

Talvez, a pior das consequências daquele paradigma sócio-penal (protetivo-repressor) moralista tenha sido a negação das liberdades jurídicas, consubstanciadas nas garantias penais e processuais, afastando por completo a dogmática penal clássica. Sentenças indeterminadas, inobservância da legalidade penal, do devido processo legal etc. – a única formalidade seria o caráter disciplinador da intervenção judicial. Na crítica de Zaffaroni (1984), o discurso protetivo era uma espécie de minimização das formalidades para lograr o máximo de repressão material.

A negação das garantias (em tom moralista) foi ainda mais radical com a assunção completa das teorias criminológicas biologicistas, que terminava por enfocar os atos desviantes, desconsiderando o modelo de exclusão, da incapacidade política do Estado de universalizar os serviços básicos de saúde e educação, isto é, a mistificação dos problemas estruturais dos países da América Latina.

Enfim, o objetivo das autoras ao unir as perspectivas históricas foi ponderar que, quando se trata de poder de punir, no Brasil, deve-se levar em conta que existem sistemas paralelos que atuam de forma não oficial de punição. Isto é, de um lado, um sistema penal em sentido estrito, de outro, um modelo paralelo, composto por agências de menor hierarquia, destinado a operar com uma punição tida como menor, razão pela qual gozaria de maior discricionariedade (arbitrariedade).

Nesse sentido, a hipótese aventada neste trabalho é que, neste sistema paralelo, além de se enquadrar o sistema infracional – o qual, por meio de ações não institucionais (ilícitas), promove o controle dos indesejados, mas que é normalizado por termos estatais aceitáveis, como, por exemplo, medida socioeducativa –, devido ao enorme espaço para o exercício da discricionariedade, há o exercício de arbitrariedades.

4 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E HERMENÊUTICA JURÍDICA

A doutrina da proteção integral é um processo cujo início reside na Declaração Universal dos Direitos Humanos, deve-se à internacionalização dos Direitos Humanos em geral e a respectiva especificação para a proteção especial a grupo vulnerável, dos quais o Direito das Crianças faz parte por tratar-se de um grupo merecedor de proteção especial em virtude da falta de maturidade física e mental (Coimbra, 2005).

A Convenção dos Direitos da Criança (CDC) de 1989 representou o marco de superação do paradigma punitivo, cientificista, tutelar, eufêmico e excludente do período antecedente.

Apesar de esse não ter sido, cronologicamente, o primeiro documento internacional a tratar da nova postura protetiva, foi o marco mais significativo, englobando vários outros documentos internacionais que se convencionou denominar de Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança. São os documentos, além da CDC: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores (Regras de Beijing), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Regras de Tóquio) e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência (Diretrizes de Riad).

Todas essas legislações são fundadas nos valores e Direitos Humanos, assim como apresentado no preâmbulo do documento: “Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (CDC, 1989).

O conjunto das legislações internacionais impulsionou perspectivas de autonomia e garantia, afastando-se dos métodos repressivos para uma orientação

educativa, constituindo um programa de ação – seja como princípio, seja como teoria – que assegura, com absoluta prioridade, os direitos individuais e as garantias fundamentais inerentes à criança e ao adolescente por serem sujeitos de direitos. Tudo isso implica uma dedicação protetiva diferenciada.

O sistema legal regente da criança e do adolescente acolhe a concepção de desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-lhe absoluta prioridade, resguardando o melhor de seus interesses, obrigando os Estados a respeitarem as responsabilidades, os direitos e as obrigações dos pais, posto que, não mais menores, objetos de tutela, passam a ser sujeitos de direitos.

No Brasil, pela primeira vez, na história das Constituições, dois artigos específicos sobre criança (arts. 227 e 228) são inseridos no documento maior.

Com a Carta Maior, o Código de Menores, vigente desde 1979, passava a conflitar com o paradigma assumido pelo Estado. Era imprescindível a elaboração de um novo diploma legislativo pautado na perspectiva da enunciação de direitos, opondo-se ao modelo de encarceramento em massa e punitivista vivenciado até então.

Assim, em 1990, foi promulgada a Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), visando propiciar as condições para que os direitos consagrados na Carta Magna pudessem ser concretizados, de modo que tentava romper completamente com os sistemas anteriores (de submissão ao Direito Penal e de tutela menorista).

Nessa legislação, considerando o interesse superior da criança, o nível de discricionariedade é altíssimo, atendendo ao que para a legislação internacional seria recomendável, dada a diversidade de necessidades dos adolescentes:

Regra 6.1 de Beijing – Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, sentença e das medidas complementares das decisões.

No entanto, esse espaço hermenêutico dificulta, inclusive, a definição do tipo do procedimento, porque se na maioria dos dispositivos reproduz princípios processuais penais, em outros, há elementos de processo civil, quando prevê o sistema recursal (art. 198, ECA³).

Trata-se de uma questão fundamental, porque, se é civil o procedimento, as preocupações garantistas passam a não ser prioridade. A ambiguidade existe exatamente porque há uma crença de que o objetivo do ECA é a proteção do adolescente, antes mesmo de sua responsabilização, de modo que não vê o procedimento de apuração do ato infracional como um mecanismo repressor e que, por isso, deve necessariamente ser revestido de garantias.

Nisso há consequências. Vejamos.

4.1 A PERIGOSA INTERPRETAÇÃO DO ECA ANTE A PRÁTICA SUBTERRÂNEA DO PODER PUNITIVO BRASILEIRO

O ECA, partindo da premissa de que as medidas socioeducativas seriam pedagógicas e não sancionadoras, não previu, em seu bojo, o instituto da prescrição. Coube à jurisprudência construir a autorização para a perda do direito de punir do Estado, resultando na Súmula nº 338 do STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”. O paradoxo é que, ao contemplar o instituto, reconhece o cunho punitivo das medidas:

HABEAS CORPUS – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL – ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas sócio-educativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo. (Brasil, 2007)

Por outro lado, o ECA prevê um procedimento específico de apuração dos atos infracionais (o que, para alguns, teria justificado um Direito Penal Juvenil⁴),

³ “Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações.”

⁴ Para um excelente apanhado desse conteúdo, conferir a tese de doutorado de Bruna Gisi Martins de Almeida (2016).

mas que em muito se assemelha ao procedimento utilizado para a apuração de delitos praticados por adultos. Inclusive, o próprio estatuto determina que as normas gerais processuais possam ser aplicadas subsidiariamente (art. 152⁵ do ECA).

Nesse sentido, o contraditório e a ampla defesa devem ser premissas fundamentais. Contudo, o próprio estatuto parece menoscabar as garantias, quando, por exemplo, autoriza que a imputação de medida socioeducativa de advertência possa ser aplicada somente com “indícios suficientes de autoria”, tal como define o art. 114, parágrafo único.

Talvez o argumento justificante de tal violação às garantias fundamentais resida no fato de a advertência não implicar consequências desastrosas para os adolescentes. Essa argumentação, além de insuficiente – uma vez que o direito fundamental não está condicionado ao dano que a resposta punitiva possa trazer, mas ao modelo de Estado Democrático de Direito –, é também equivocada, porquanto a aplicação reiterada de três advertências pode ensejar a aplicação de medida de internação, posto que o art. 122, II, autoriza a internação pela reiteração de outras condutas graves.

O desdobramento mais grave da ambiguidade do ECA é a legalidade, que deveria ser um elemento primordial, especialmente para a aplicação das medidas socioeducativas, enquanto resposta estatal à prática do ato infracional.

No entanto, esse não é um princípio devidamente respeitado. De início, cumpre pontuar que as medidas socioeducativas não são fixadas por tempo determinado. Aqui, nitidamente, há uma violação à legalidade, bem como à proporcionalidade, na medida em que o ECA não estabeleceu correspondência entre os atos e a quantidade de sanção a ser aplicada. A aplicação corre por tempo indeterminado, sujeito à avaliação judicial, um subjetivismo à margem do controle da legalidade (Costa, 2005).

Na avaliação de García Mendéz (1992), o caráter indeterminado da medida não poderia ser confundido com o caráter indeterminado das sentenças em geral do velho direito tutelar que o era para a proteção do adolescente. Não é nada mais nada menos do que a obrigação da individualização da pena, que, apesar

⁵ “Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente. Parágrafo único. É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes.”

de autorizar a mobilidade judicial para avaliar o caso concreto, não pode fugir aos padrões mínimos e máximos da legislação. Ou seja, caberia ao julgador, no parâmetro entre seis meses e três anos, definir o tempo da medida socioeducativa, sem condicionar as reavaliações para fins de saída ou progressão da medida.

Em se tratando de legalidade, outro ponto é relevantíssimo: as hipóteses de aplicação de medida de internação. São três as causas que ensejam medida de internação (art. 122): I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Analise-se cada uma delas.

A primeira hipótese traz diversos entraves em termos do princípio da legalidade. Qual é o significado de grave ameaça à pessoa? Não é uma expressão que vincule necessariamente ao capítulo do Código Penal dos crimes contra a pessoa (Costa, 2005, p. 88). Então o que significa?

O que quer dizer grave? Jamais poder-se-ia considerar a gravidade conforme a consciência do Magistrado, o que feriria diametralmente o princípio da legalidade. É bem sabido que a vagueza e a generalidade de algumas normas são uma estratégia de temporização em tempos de clivagem política e tensão social (Sposato, 2009), porém não pode se dar em termos de normas garantidoras da configuração do modelo de Estado.

Poder-se-ia considerar aqueles punidos com reclusão, porém levando em conta que a distinção entre este e a detenção já caduca, a ponto de ser extinta no novo projeto do Código Penal.

A falta de conceituação é dramática, a ponto de permitir interpretações obliteradas, como o caso de internar o adolescente decorrente da prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecente, como se tornou costume na prática forense das Varas da Infância. O desrespeito à legalidade é tão notório que o STJ sumulou, em 2012, o entendimento de que atos infracionais equiparados a tráfico não implicam automaticamente medida de internação.

Até o STJ chegar ao enunciado da Súmula nº 492 – “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente” (Brasil, 2012a) –, o Tribunal entendia que a medida, por ser excepcional, somente poderia ser aplicada se houvesse a realização de uma das três hipóteses do art. 122, mesmo

sendo o delito de tráfico de entorpecente crime hediondo, tal como reiterado em precedentes (Brasil, 2012b).

A segunda hipótese apresenta-se como um conceito indeterminado, posto que o legislador não definiu o significado de reiteração de outras infrações graves. De antemão, levando em conta o princípio da legalidade, regido pela taxatividade, e que esta é uma hipótese de privação de liberdade, o que se percebe de pronto é que existe uma extensa possibilidade interpretativa, o que já configura mitigação do princípio, de modo que somente pode ser aceita a hermenêutica mais restritiva possível.

Deste modo, não se deve confundir reiteração com o instituto da reincidência do Código Penal (art. 63). E não pode porque o vetor que orienta o ECA é a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), de modo que o sistema do adolescente não pode ser orientado nem mesmo igual ou pior do que as regras que norteiam o sistema punitivo de adultos.

Isto significa que pode existir reiteração, sem que haja reincidência, ou seja, não é necessário o trânsito em julgado da decisão referente ao ato anterior. Esta afirmativa, porém, não é firme na jurisprudência nem na doutrina. Mas o certo é que, neste sentido, ter-se-ia um sistema mais gravoso do que adulto, o que, teoricamente, é inviável no sistema de adolescente em conflito com a lei. Por outro lado, o número de vezes da prática do ato infracional deve ser maior. Jurisprudencialmente há o entendimento da prática de três atos infracionais – sejam quais forem os crimes⁶. Mas também há julgados que referem-se à prática de duas condutas infracionais⁷, e mesmo em casos que nenhuma repetição⁸ é exigida. Ou seja, é uma aplicação extremamente subjetiva.

⁶ É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento de que a reiteração referida no ECA somente se configura quando *evidenciada a prática de, no mínimo, três condutas anteriores*, ou o descumprimento de medida aplicada pelo mesmo número de vezes, o que não se verificou na hipótese. (Brasil, 2012c)

⁷ Somente ocorre reiteração, para efeito de incidência da medida de internação, quando são praticadas, *no mínimo, duas condutas infracionais graves*, hipótese configurada nos autos. (Brasil, 2012d)

⁸ A referência a “cometimento de outras infrações graves” *nada tem a ver com o número de reiterações em ato infracional, mas sim com a natureza igualmente grave de outras infrações, tema próprio da interpretação analógica intra legem, a qual, à luz da letra dos incisos I e II do art. 122 do ECA, autoriza a afirmação do cabimento da medida de internação, embora não se trate de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, desde que o adolescente renove a prática de ato infracional grave*. (Brasil, 2007b)

Como se observa, não há qualquer respeito à taxatividade nestes termos, até porque não existe legalidade estrita neste sentido. Esta abertura termina por levar a decisões que se baseiam na conduta de vida do adolescente, sem referências ao fato efetivamente praticado pelo adolescente, como se verifica a seguir:

HABEAS CORPUS - ECA - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - INTERNAÇÃO - MEDIDA ADEQUADA - REITERAÇÃO DA PRÁTICA - 1. Os fundamentos do acórdão impetrado são idôneos. A medida de internação é compatível com as circunstâncias concretas do ato infracional praticado pelos pacientes. A situação de risco enfrentada pelos adolescentes, que reincidiram na prática do ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes e são usuários de droga, evidencia a adequação da medida de internação no intuito de reeducá-los. 2. Ausência de elementos que indiquem o envolvimento da família na recuperação dos menores. 3. Ordem denegada. (Brasil, 2012e)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO - DESCABIMENTO - ECA - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO - REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS - COMPROMETIMENTO COM O CRIME - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA - AFASTADA APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 492/STJ - HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO - Na hipótese dos autos, a internação foi imposta de acordo com a legislação de regência e em atenção às peculiaridades do caso, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida (treze porções, pesando 17,77 gramas, de crack), evidenciando o comprometimento do adolescente com o crime, bem como a reiteração do cometimento de outras infrações, já tendo, inclusive, sido aplicadas outras medidas socioeducativas, sem sucesso. Inaplicabilidade do Enunciado nº 492 da Súmula/STJ. Habeas corpus não conhecido. (Brasil, 2013)

A terceira hipótese é denominada de internação sanção – a medida é instrumental e existe como fator coercitivo para evitar o descumprimento de uma medida menos grave anteriormente aplicada. Isto é, a sanção não é aplicada isoladamente ante a prática de um ato infracional, mas funciona como uma espécie de regressão de outra medida, razão pela qual raramente esta perspectiva será encontrada na pesquisa aqui proposta.

Vista a legalidade, é premente ter que se reconhecer que o conceito de ato infracional é necessariamente criminal, na medida em que remete à tipificação das condutas previstas no Código Penal. Somente haverá a intervenção estatal após a conduta violar o bem jurídico protegido pela norma. Isto é, a privação de liberdade somente será procedida por ordem judicial ou devido à prática de flagrante delito, garantia da liberdade individual prevista no art. 5º, LXI⁹, e reproduzida no art. 106¹⁰ do ECA. Ora, se é esta a condicionante para a atuação estatal, não se pode fugir do fato de que o que existe é punição decorrente da violação da norma.

Entretanto, não obstante estas discussões, porém, não é esta a realidade da prática judicial, em que a responsabilização – individuação da medida socioeducativa – é baseada no que a magistratura considera como sociabilidade deficiente do adolescente e que cabe ao Judiciário suprir essa lacuna deixada pela família, pela sociedade e pelo Estado na expressão do Executivo, ante a ausência de políticas públicas.

Vários estudos demonstram essa conclusão (Minahim, 2010; Machado, 2014; CNJ, 2015; Cornelius, 2017).

Não se argumente que a justificativa do § 1º do art. 112 e o art. 113 do estatuto que versa sobre necessidade pedagógica da medida, preferindo-se as espécies que visem ao fortalecimento familiar e comunitário, a capacidade de cumprimento, que pode depender da idade do adolescente, de sua capacidade física e mental, e a proporcionalidade da medida, seria suficiente para justificar a discricionariedade. Não!

⁹ “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

¹⁰ “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.”

O que o estatuto possibilita é apurar o ato. A razão de ser de responsabilizar está na conduta, e só depois dessa definição é que se parte para a escolha da medida, que de forma alguma pode ser matematicamente pensada como “ato grave, medida grave”, já que punir não é o propósito da medida socioeducativa (teoricamente).

Em verdade, a medida socioeducativa idealizada, para não ser uma punição penal, é vista como punição alguma. Com efeito, essa demanda punitiva se configura em valores sociais que penetram o ambiente das audiências e, por conseguinte, o universo dos juízes. Disputando espaço com a tecnicidade da aplicação da lei, criando um rito discriminatório que atende a estereótipos e preconceitos (Miraglia, 2005).

Neste sentido, é ilusão acreditar que “todos no processo estão a serviço da defesa do adolescente” (Costa, 2005, p. 18). É uma falácia “que se transforma num hibridismo inquisitorial em que todos estão contra o imputado” (Lopes, 2005, p. 18).

O projeto de pesquisa *Pensando o Direito*, em 2010, analisando os julgados de Tribunais acerca das garantias penais e processuais de apuração do ato infracional, chegou à conclusão:

É dizer, alguns eufemismos que perpassam a legislação como um todo e, em especial, por exemplo, a de nição da medida privativa de liberdade como internação em estabelecimento educacional (artigo 116 do ECA) favorecem que sua imposição não seja limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade e até mesmo da legalidade – princípios indispensáveis quando é a liberdade do indivíduo que está em jogo. A falsa interpretação de que a medida de internação constitui-se em uma “benesse” e reveste-se de caráter protetivo afasta sua verdadeira índole penal e, conseqüentemente, os limites ao poder de punir que deveriam ser exercitados neste campo. (Minahim, 2005, p. 60)

Enfim, visto ser a legalidade estrita elemento fundamental e irrenunciável no modelo de Estado Democrático de Direito, é consectário lógico que a punição

decorra da prática do ato infracional, valendo-se, portanto, dos mecanismos da tipicidade para a identificação da conduta.

Se, de um lado, a dogmática orienta conceder espaços maiores ou menores de poder de disposição do juiz, o que autoriza a discricionariedade da interpretação, a valorização das provas, a conotação dos fatos, a medida das penas etc., de outro, no ECA, espaços desta natureza sobrepõem o que, somado ao punitivismo brasileiro, resulta em manipulações punitivas e repressivas, afinal, o Magistrado, influenciado pela opinião pública, já toma a decisão no início do processo para responder à solução do conflito indicando, necessariamente, um culpado.

Esse procedimento, contudo é inadmissível, porquanto processamento e aprisionamento são mecanismos estigmatizantes, devendo haver prevalência de formas de desjudicialização, razão pela qual previu que o membro do Ministério Público, antes da existência de procedimento judicial, possa proceder com o perdão que é caracterizado pelo instituto da remissão (art. 126, ECA).

Ao fim e ao cabo, se é legítimo suprir uma incapacidade básica pelo dever de proteção, em nenhum caso é legítimo o exercício discricionário desse dever, e, nesse contexto, a discricionariedade é um dever de proteção autoritário - como força despojada de razões e argumentos (García Mendéz, 2003).

A chamada proposta pedagógica persiste de pano de fundo da arbitrariedade. Justificando sistemas pesados, caros, produtores e reprodutores de violência e criminalidade, salvo raríssimas exceções, a chamada proposta pedagógica continua reproduzindo o sistema penitenciário. Reeducação e ressocialização não passam de mitos convenientes. Proposta pedagógica: falácia que ninguém definiu ou regulamentou. (Amaral e Silva, 2002, p. 20)

O que emerge de grave neste contexto é que esses espaços de discricionariedade na realidade do punitivismo brasileiro só terão um resultado: perversão. A importação da Doutrina da Proteção Integral para a realidade brasileira, de funcionamento de um punitivismo operado subterraneamente, oportuniza o manto da legalidade para processos de estigmatização e controle de uma parcela da juventude.

Não se pode olvidar os conceitos próprios da criminologia marginal – tal como apontado no item 2 –, que apresenta conceitos novos: “poder configurador, policização, sistema penal subterrâneo, vulnerabilidade, autoritarismo cool” (Andrade, 2012, p. 109) etc. para compreender a especificidade da realidade marginal (Prando, 2006).

Sim, porque o imenso genocídio iniciado na colonização e aprofundado no escravismo apresenta “as veias abertas de homens animais, mercadorias ou mercadorias animais”, em que cada ciclo econômico correspondeu a um moinho de gastar gente. “O capital precisa de corpos para extrair mais-valia, que se realiza na expropriação da energia vital que emana do trabalho do homem” (Batista, 2011, p. 33).

Na realidade marginal, com o controle de índios, negros, pobres e marginalizados – hoje, mais notadamente por meio da criminalização do tráfico de jovens pobres e negros da periferia, mesmo sendo a pena declarada pública estatal –, o que se vê é o exercício arbitrário do poder privatizado. A conclusão é que não se encontram abismos entre o evolucionismo oficial do passado e o moderno – “o que subsiste é um *continuum* metódico punitivo, desde a colonização, o mercantilismo e a escravidão, até a globalização do capitalismo” (Andrade, 2012, p. 108).

Tudo baseado em um Direito Penal subterrâneo, um sistema não legal, parainstitucional que promove controle social com dor e sofrimento, sem qualquer controle da operatividade (Castro, 1983), e, mais do que isso, há, “na [própria] operacionalidade dos sistemas penais latino-americanos, um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade” (Zaffaroni, 1991, p. 173), o que significa que o controle social tem, nas punições institucionalizada e não institucionalizada, mecanismos de imposição de dor, sofrimento e privação legalmente previstos.

Uma programação que se verifica desde o engenho colonial, no qual o senhor tinha o monopólio da violência até o domínio público:

Aqui na periferia, a lógica da punição é simbiótica com uma lógica genocida, e vigora uma complexa interação entre controle penal formal e informal, entre público e privado, entre sistema penal oficial (pena pública de prisão e perda da liberdade) e subterrâneo (pena privada

de morte e perda de vida), entre lógica da seletividade estigmatizante e lógica da tortura e do extermínio, a qual transborda as dores do aprisionamento para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que “não têm lugar no mundo”. (Andrade, 2012, p. 109)

Sob este olhar, tem-se que o Brasil mata, cotidianamente, pelas mãos do Estado subterrâneo, os miseráveis e mendigos, e essa história punitiva e dolorosa demanda permanente desconstrução do que parece ser uma hipótese (que se confirma) de que aqui há “um campo de concentração [...] punitivo em caráter cotidiano cruel e perpétuo” (Andrade, 2012, p. 109).

Então, como se observa, essa formação histórica do controle penal brasileiro com alto grau de violência e atuação subterrânea deixa evidente a formação endêmica que é este sistema de controle social formal. Zaffaroni (1991, p. 15) sintetiza isto ao apontar que:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.

Por meio das breves linhas históricas, é evidente a necessidade da autoanálise no intuito de perceber que não existe bondade proveniente dos países europeus quando se trata do discurso colonizador. O cientista jurídico que se propõe a estudar as questões criminais inerentes aos países periféricos, por honestidade, encontra-se obrigado a considerar toda conjuntura histórica, bem como os fatores econômicos, políticos e sociais deste “assombroso transplante” do qual somos vítimas.

Nesse sentido, a universalização da infância, com a Convenção dos Direitos da Criança, dotada de direitos e garantias, e que, portanto, coloca a responsabilização como possível e necessária, não pode ser simplesmente aplicada no Brasil, acriticamente, e na América Latina como um todo, onde os processos de cidadania mínima inexistem, as desigualdades sociais não

permitem a socialização digna e o signo mais comum conhecido por adolescentes marginalizados é a violência.

O espaço legislativo da discricionariedade é o da arbitrariedade, porém neutralizada pelo argumento da proteção; tal qual a criminologia fizera na fundamentação do poder punitivo no século XIX e anteriormente. Ou seja, a Doutrina da Proteção Integral, com a ambiguidade que comporta e a ausência de controles rígidos do poder punitivo, torna-se, na realidade brasileira, “formas paternalistas que o [o adolescente] reprimem de maneira arbitrária” (Baratta, 1995, p. 13). Edson Sêda (1999, p. 12) resume:

Ah, os eufemistas. Uns por delicadeza, suavizam os termos para dizer coisas. Outros não ousam dizer o que pensam, o que deve ser dito [...] Quem foi privado de liberdade está preso. Então quais, quais seriam estes atos infracionais que podem até mesmo levar à prisão? Seriam atos infracionais ao regulamento da escola? Ao estatuto de um clube? A regras de etiqueta? Às ordens do pai e mãe? À arbitrariedade da polícia ou de outro agente, autoridade ou cidadão qualquer? Ao Código Civil? Parece que não é!

O operador do Direito, talvez especialmente os membros do sistema de Justiça, deve estar atento a essas especificidades, evitando ser um mero reprodutor próprio da cultura do positivismo jurídico, tal qual elucidava Warat (1994, p. 13): é preciso evitar *o senso comum teórico dos juristas*, “uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente os atos de decisão [judiciária] e de enunciação [do direito]”.

A proposta é evitar a ortodoxia epistemológica que se enclausura no discurso lógico-oficial, produzido em nome da ciência e que não está preocupado com o elemento político – “trata-se de uma *demarche* conceitual, que procura colocar, fora de dúvidas e fora da política, a fala da ciência” (Warat, 1982, p. 50). É preciso ir além e fazer uma crítica à ciência do Direito a partir de um deslocamento epistêmico que “pode concretizar-se a partir do reconhecimento dos limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial”

(Warat, 1982). Para isso, é preciso compreender pressões políticas e identificar as manifestações no Direito.

Foi exatamente o que se buscou formular neste estudo.

CONCLUSÃO

Foi visto que a história da criminologia, enquanto fundamento do poder de punir, no Brasil, sofreu processos de metamorfoses, adequando-se às necessidades econômicas locais, assim como conformando-se à cultura que ainda é perene de racismo.

A exemplificação do “assombroso transplante” foi a título de compreensão do exercício do poder punitivo, o que, como decorrência lógica, é uma particularidade nacional que atinge todas as formas do controle social formal; e, nesse sentido, a abertura discricionária trazida pela Doutrina da Proteção Integral, que, em tese, seria para atender às peculiaridades dos adolescentes, não é manejada neste sentido. Ao revés, como visto, além de implicar sérias violações a direitos fundamentais e conseqüentemente à própria estrutura de Estado de Direito; possibilita graves distorções.

Na América Latina, onde o enxugamento do Estado, em termos de políticas sociais, é extremo, o adolescente vitimado pela ausência de políticas públicas e de integração social, especialmente devido à naturalização das desigualdades sociais, com a qual a cidadania sofre a clivagem entre os que têm acesso aos serviços de mercado e aqueles que são os destinatários dos precários serviços públicos estatais, vistos cada vez mais como “coisa de pobre”, o jovem é cada vez mais delinquente.

Na verdade, tal como é hoje, a cidadania somente é concedida ao adolescente de forma negativa, concedendo-lhes direitos e garantias no momento em que enfrentam o sistema penal, o que não existia a mesma disposição em nível social para a “garantia” de outros direitos da vida do adolescente.

Importa sublinhar que a crítica que se faz ao ECA é no sentido da melhora do modelo garantista na apuração da responsabilidade, e isso não significa transpor automaticamente regras do Direito Penal do adulto, nem tampouco a inclusão daqueles sujeitos no modelo repressivo. A busca deve ser por um sistema específico que, ao mesmo tempo, atenda à defesa social e permita que os adolescentes sejam tratados como seres em desenvolvimento.

Mas, em meio a tudo isso, deve-se levar em conta que a importação acrítica da teoria precisa ser repensada, porquanto os espaços de discricionariedade, em uma realidade cuja trajetória de controle e operação de classe e raça torna-se possibilidade de arbitrariedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. A racionalidade prática do isolamento institucional: um estudo da execução da medida socioeducativa de internação em São Paulo. Tese de Doutorado em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 2017.

ALVAREZ, M. C. A emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. São Paulo. Dissertação de Mestrado em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 1989.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. Os paradigmas do controle social de adolescentes. *Revista do Ilanud*, Brasília, n. 20, 2002.

ANDRADE, Francisco Jatobá de. Relações raciais, multiculturalismo e ações afirmativas: as cotas na Universidade de Pernambuco (UPE). Dissertação de Mestrado em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BERGALLI, Roberto et al. *El pensamiento crítico y la criminología: el pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 231170 SP 2012/0010058-8, Relator Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJSE), Data de Julgamento: 11.04.2013, T5 - 5ª Turma, Data de Publicação: DJe 19.04.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Restrição para internação de adolescente infrator é assegurada em nova súmula, em 16 de agosto de 2012a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106668>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. HC 229303, Ministro Marco Aurélio Bellize, DJe: 30.04.2012b.

_____. AgRg-HC 207.087/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 23.08.2012c.

_____. HC 221170 MG 2011/0241400-5, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 06.08.2012d.

_____. HC 223932 SP 2011/0263840-9, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 16.04.2012e.

_____. HC 62179 RJ 2006/0146556-5, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 24.09.2007.

_____. HC 81122 SP 2007/0080154-9, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 22.10.2007b.

CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COIMBRA, Raquel Lordello. A utilidade social do Direito da Criança e do Adolescente. *Direito e Paz*, Centro Universitário Salesiano de São Paulo, a. 7, n. 12, p. 121-137, 2005.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. Tese de Doutorado em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 2017.

COSTA, Ana Paula da Motta. *Garantias processuais e o Direito Penal Juvenil como limites na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2004.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber*. Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

FERLA, Luis. *Feios, sujos e malvados sob medida*. A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo (1920-1945). São Paulo: Alameda, 2009.

FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Trad. Antonio Soto y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, t. I, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 20. ed. São Paulo: Loyola, 2010.

GARCÍA MENDEZ, Emílio. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; GARCÍA MENDEZ, Emílio (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO, Roberto. *Danação da norma: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes. Série Pensando o Direito*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2010.

MIRAGLIA Paula. *Aprendendo a lição. Uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. Novos Estudos*, São Paulo, n. 72, jul. 2005.

OLIVEIRA, Luciano. *Relendo “Vigiar e punir”*. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, n. 2, p. 309-338, abr./mai./jun. 2011.

_____. *Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal Editoria, 2004.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno, controle penal na América Latina. Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 77-93, jul./dez. 2006.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIZZINI, Irene. *O século perdido. Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas*. Bahia: Livraria Progresso, 1957.

SHAWARCZ, Lilian. *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993.

SÊDA, Edson. *Os eufemistas e as crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Adês, 1999.

SPOSATO, Karyna Batista. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, a. 17, n. 80, p. 81-117, set./out. 2009.

TRINDADE, Jorge. *Delinquência juvenil: compêndio transdisciplinar*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, t. I, 1994.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência*, Florianópolis, v. 3, n. 5, 1982.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

_____; BATISTA, Nilo et. al. *Direito Penal brasileiro I: teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la revisión material. *Criminología Crítica*. I Seminario, Universidad de Medellín, 1984.

Submissão em: 08.04.2018

Avaliado em: 07.05.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 21.05.2018 (Avaliador C)

Aceito em: 26.06.2018

A PROTEÇÃO AQUILIANA DO DIREITO À IMAGEM NO DIREITO COMPARADO

TORT LAW PROTECTION OF THE RIGHT TO IMAGE IN COMPARATIVE LAW

Eugênio Facchini Neto¹

Doutor em Direito Comparado (Università Degli Studi di Firenze/Itália)

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos da personalidade; responsabilidade civil.

RESUMO: O trabalho versa sobre o direito à imagem enquanto direito fundamental e direito de personalidade. Defende a natureza autônoma de tal direito, tutelável independentemente de afetar aspectos da honra ou da privacidade, ou de sua ofensa acarretar danos patrimoniais. A partir das casuísticas alemã, francesa, inglesa, italiana, espanhola e da Corte Europeia -de Direitos Humanos, sustenta-se que, mesmo em um mundo no qual a privacidade é cada vez mais inexistente e a tecnologia disponível permite que praticamente tudo seja permanentemente filmado ou

fotografado, ainda há espaço para sua proteção. Enquanto pessoas comuns usam as plataformas sociais para divulgar fatos e fotos a seu respeito, pessoas famosas, por vezes, procuram, desesperadamente, manter seu universo pessoal ao abrigo de olhares alheios. Satisfazer mera curiosidade de um público em busca de simples entretenimento não é argumento relevante para se violar o direito de alguém de decidir se, quando e sob que condições quer divulgar sua imagem. Usa-se o método de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, em perspectiva comparada.

ABSTRACT: *The paper deals with the right to image as a fundamental right and*

¹ Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor e Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: facchini@tjrs.jus.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>>.

right of personality. It defends the autonomous nature of such right, protected regardless of whether it affects aspects of honor or privacy, or causes damage. From the German, French, English, Italian, Spanish and European Court of Human Rights cases, it proclaims that even in a world where privacy is increasingly non-existent and where available technology allows virtually everything to be permanently filmed or photographed, there is still room for its protection. While ordinary people use social platforms to spread facts and photos about them, famous people sometimes desperately seek to keep their personal universe from being watched by others. Satisfying mere curiosity of an audience in search of simple entertainment is not a relevant argument for violating one's right to decide whether, when and under what conditions he wants to spread his image. The method of bibliographical and case law research is used, in comparative perspective.

PALAVRAS-CHAVE: direito à imagem; proteção aquiliana; direito comparado.

KEYWORDS: *right to the image; tort law; comparative law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conceito de direito à imagem; 2 Natureza jurídica do direito à imagem; 3 Da autonomia do direito à imagem; 4 A proteção do direito à imagem no direito comparado; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The concept of the right to image; 2 Legal nature of the right to image; 3 The autonomy of the right to image; 4 The protection of the right to image in comparative law; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Em 11 de julho de 1907, a revista norte-americana *The Independent* publicou um editorial intitulado *The Ethics and Etiquet of Photography*, no qual alertava que “turistas que se encheram de rolos de filmes para usá-los na Europa, nesse verão, terão que ser cuidadosos quando forem para a Alemanha. Naquele país, uma nova lei entrou em vigor em 1º de julho, proibindo a fotografia de qualquer pessoa sem a sua expressa permissão”. Após essa informação inicial, o editorialista passava a criticar tal lei, afirmando que, “no que diz respeito a fotografias em público, pode ser firmado como princípio fundamental que temos o direito de fotografar qualquer coisa que temos o direito de olhar” (Gross; Katz; Ruby, 1998, p. V).

O presente ensaio tem por objeto exatamente a discussão sobre o direito à imagem. Em um mundo no qual há quase tantos potenciais fotógrafos quanto o número de portadores de celulares, a questão se torna crucial.

Quando saio de meu espaço privado e ingresso no espaço público, por todos livremente frequentado, não posso impedir que me contemplem. Todavia, isso não significa que outra pessoa possa livremente fotografar-me ou filmar-me (Cifuentes, 2008, p. 556). Ou, caso se defenda ser isso possível, resta definir se a imagem assim captada pode ser divulgada.

Não se trata de questão puramente acadêmica, pois discussões sobre o tema são frequentes nos tribunais de quase todos os países. Por vezes o debate é travado no campo mais amplo do direito à vida privada ou da intimidade; outras vezes, o direito à imagem é invocado como espécie autônoma.

O presente trabalho passará brevemente pelas questões conceituais e introdutórias para, posteriormente, fornecer uma breve visão das discussões presentes no Brasil e, especialmente, em alguns países europeus.

A pesquisa bibliográfica envolveu análise da jurisprudência e da doutrina pertinente sobre o tema, em perspectiva comparada.

1 O CONCEITO DE DIREITO À IMAGEM

Pode-se dizer que, “através do direito à imagem, protege-se a representação física de uma pessoa, seja esta fixada em fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes de seu corpo, sinais físicos ou gestos que possam servir à sua identificação e reconhecimento” (Borges, 2008, p. 267).

Na verdade, o direito à imagem apresenta uma vertente positiva e outra negativa – aquela, vinculada ao direito/faculdade da pessoa de gerir a reprodução de sua imagem na forma que entender; esta, relacionada ao direito da pessoa de se opor a uma tal reprodução sem a sua concordância. O conceito de direito à imagem fornecido por Trabuco (2001, p. 390) bem apanha essas duas facetas: direito à imagem é “aquele que, por um lado, confere às pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, com carácter comercial ou não e, por outro lado, se caracteriza como o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa praticar esses mesmos actos sem a sua autorização”. No mesmo sentido, posiciona-se Sampaio (2013, p. 283), ao referir que, como objeto de um direito, o direito à imagem implica poderes “*negativos*: de oposição à sua realização, produção, reprodução e divulgação, enfim, ao conhecimento alheio; *positivos*: de consentir com tudo isso”.

As demandas judiciais relativas ao direito à imagem ora envolvem a primeira dessas facetas, ora a outra. Na casuística internacional, parece predominar a primeira, ou seja, a oposição à divulgação de imagem captada sem sua autorização.

2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM

Em alguns países (*v.g.* Brasil e Portugal), o direito à imagem é simultaneamente um direito fundamental e um direito de personalidade. Isso não ocorre em outros ordenamentos jurídicos, o que não significa que a imagem não seja protegida.

No caso do direito à imagem, o constituinte brasileiro fez menção ao direito à imagem em três momentos distintos ao tratar dos direitos fundamentais – art. 5º, V, X e XXVIII, *a*. No Código Civil, a sua tutela encontra-se prevista no art. 20, no capítulo destinado a regular os direitos de personalidade.

Disso decorre uma tutela constitucional forte, bem como uma tutela processual ampla e potencialmente eficaz, de acordo com a previsão do art. 12 do Código Civil (“Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”).

Vê-se, portanto, que, em razão dessa dupla natureza – direito de personalidade e direito fundamental –, a tutela ao direito à imagem é bastante reforçada no Direito brasileiro. A Constituição, repare-se, não diz “a lei protegerá o direito à imagem”, tampouco que “o direito à imagem será protegido nos termos da lei”. Ao contrário, o constituinte disse que a imagem “é inviolável”. É verdade que, em um mundo no qual inexistem direitos absolutos, há evidentes situações em que é possível, sim, violar-se o direito à imagem. Basta pensar na hipótese de colisão do mesmo com outros direitos fundamentais, frente aos quais, topicamente, ele, eventualmente, deva ceder. É o caso de algumas hipóteses de exercício da liberdade da imprensa. Em outras situações, pode haver violação ilegal do direito à imagem. Diante do fato consumado, não resta alternativa senão lançar mão do secundário direito à reparação dos danos extrapatrimoniais.

A possibilidade de se obter a reparação posterior de danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, porém, não significa que o direito à imagem tenha um preço, no sentido de que “posso violá-lo, desde que pague por isso”. Fosse assim,

não se trataria de um direito fundamental, nem de um direito de personalidade. Seria uma simples mercadoria, com preço de mercado. O verdadeiro significado de sua caracterização como direito fundamental e de personalidade é que cabe ao titular do direito à imagem decidir, de forma autônoma, se pretende ou não autorizar sua divulgação. No exercício de tal direito, pode dispor da tutela inibitória e preventiva, caso seja possível e eficaz. As perdas e danos são mero sucedâneo de segunda classe, quando não for possível a tutela primária.

3 DA AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM

Filio-me ao entendimento doutrinário, nacional² e estrangeiro³, que entende ser o direito à imagem um verdadeiro direito autônomo, não estando absorvido pelo direito à privacidade, tampouco exigindo que, de sua violação, decorram outros danos (à honra, à reputação, à intimidade ou danos materiais). Trata-se de uma emanção da personalidade que, *de per si*, merece proteção jurídica.

No Direito brasileiro, é precisa a afirmação de Schreiber (2011, p. 101) no sentido de que “a tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade”. Por outro lado, “a indenização por lesão à imagem não se condiciona à prova de prejuízo pelo ofendido” (Farias; Braga Netto; Rosenvald, 2017, p. 751), nem tem como teto o lucro do agressor (quando houver).

Nesse sentido, aliás, já decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, dirimindo embargos de divergência e uniformizando o entendimento a respeito⁴.

² Nesse sentido, Lotufo (2004, p. 79); Silva (2012, p. 290); Farias, Braga Netto e Rosenvald (2017, p. 751); Galvão (2013, p. 30); Diniz (2002, p. 84); Jabur (2004, p. 18); Cahali (1998, p. 549); Monteiro Filho e Barros Monteiro (2010, p. 243); Amaral (2011, p. 355).

³ Cite-se, por exemplo, Cifuentes (2008, p. 542); Masson (2009, p. 237); Trabuco (2001, p. 390); Sueiro (1999, p. 98).

⁴ STJ, EREsp 230268/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 11.12.2002: “DIREITO À IMAGEM - MODELO PROFISSIONAL - UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO - DANO MORAL - CABIMENTO - PROVA - DESNECESSIDADE - [...]. I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - Em se tratando de direito à imagem,

4 A PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NO DIREITO COMPARADO

Quase todos os países ocidentais reconhecem a imagem da pessoa como objeto de tutela jurídica, embora não haja uniformidade a respeito de como essa proteção deve ser concedida. Em alguns países, a proteção da imagem encontra expressa previsão normativa, como direito autônomo (caso da Alemanha), enquanto, em outros, a imagem é protegida como um aspecto do direito à privacidade.

Passo a analisar, agora, as mais relevantes experiências jurídicas no direito comparado a respeito do tema.

4.1 A PROTEÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO ALEMÃO

Um dos primeiros casos de proteção do direito à imagem ocorreu na Alemanha, em 1898, quando o *Reichsgericht* entendeu abusiva a captação da imagem de uma jovem senhora, em trajes de banho, no mar, para posteriormente reproduzi-la em medalhões, cigarreiras e outros objetos colocados no mercado. O tribunal alemão entendeu que a abusividade era agravada pelos fins comerciais a que se destinava a captação da imagem (Cifuentes, 2008, p. 557).

Pouco depois, um rumoroso caso envolveu a fotografia não autorizada da máscara mortuária de Otto Von Bismarck, quando do seu falecimento, em 1898.

A repercussão da abusiva captação da imagem da máscara mortuária de Bismarck, foi uma das razões que levaram à rigorosa proteção do direito à imagem na lei de direitos autorais – *Kunsturhebergesetz* (KUG), promulgada em 1907. Referida lei incorporou, em seu § 22, a regra segundo a qual fotografias de uma pessoa só poderiam ser publicizadas com a autorização da pessoa fotografada, salvo se envolvessem personagens da história contemporânea (*Personen der Zeitgeschichte*).

Essa última previsão conduziu à orientação jurisprudencial de que personagens públicas poderiam ser fotografadas sem o seu consentimento, exceto se tivesse havido intrusão na esfera da vida doméstica da pessoa, como sua casa, *flats*, jardins privados etc. (Brüggemeier, 2010, p. 21). Interpretando esse

a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. III – O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. [...]”.

dispositivo, as cortes alemãs desenvolveram, de forma constante, uma distinção entre pessoas *relativas* da história contemporânea e pessoas *absolutas* da história contemporânea (Cremer, 2011, p. 44).

A primeira espécie (*relativas*) envolve pessoas que atraíram sobre si a atenção pública por terem se envolvido em eventos/episódios que ganharam destaque na mídia. É o caso de partícipes (agentes, cúmplices ou vítimas) de crimes de grande repercussão, vítimas de catástrofes naturais etc. Pense-se nas imagens de uma vítima sendo retirada de escombros deixados por um furacão. Trata-se de pessoas absolutamente comuns, mas que, diante do interesse público da notícia, podem ter suas fotografias divulgadas em todos os meios noticiosos, desde que no contexto desse evento. Durante aquele particular e temporário momento em que a atenção pública está voltada para o evento, suas imagens podem ser divulgadas. Fora daquele contexto específico e momentâneo, suas imagens já não mais podem ser usadas sem o seu consentimento.

Já as pessoas *absolutas* da história contemporânea são aquelas que, pela função pública que exercem ou por sua posição de destaque na sociedade, são, *de per se*, objeto de atenção pela sociedade, independentemente de qualquer evento em particular – políticos, membros de famílias reais, artistas, desportistas etc. Suas imagens podem ser divulgadas de forma bem mais ampla e irrestrita.

Outra exceção prevista na lei de direitos autorais, que dispensava a autorização do fotografado, envolvia situações em que o fotografado aparecia como um acessório da paisagem, ou então quanto se tratava de fotografias de reuniões ou atos públicos nos quais a pessoa fotografada havia tomado parte⁵.

O Código Civil alemão (1896/1900) não previu a tutela de um direito geral da personalidade, nem do direito à imagem em especial. Até o advento da Constituição de 1949, a doutrina e a jurisprudência majoritárias interpretavam o § 823 do Código Civil (dispositivo básico do regime alemão de responsabilidade civil) como não abrangendo a tutela de um direito geral de personalidade, mas apenas a tutela de certos bens jurídicos da personalidade, expressamente designados na referida norma – a vida, o corpo, a saúde e a liberdade. O § 823/II, por sua vez, permitia a expansão da tutela aquiliana a outros interesses expressamente protegidos por outras normas jurídicas, como a honra, a esfera privada secreta, a força de trabalho. E, em razão da cláusula aberta inserta na parte final do § 823/I (“e outros direitos” – *und sonstiges Recht*), incluíam-se na

⁵ Há de ser referido que a lei de 1907 foi revogada pela lei de 09.09.1965.

tutela aquiliana ainda outros direitos da personalidade expressamente referidos em outras normas jurídicas, como o direito ao nome (§ 12 BGB) e o direito à própria imagem (tutelado nos §§ 22 e ss. da KUG) (Capelo de Souza, 1995, p. 82).

Uma ampliação da tutela aquiliana, que passou a incluir o direito geral da personalidade, só ocorreu por meio de decisões da Corte Constitucional e da Corte Federal de Justiça (BGH), ao interpretarem o Código Civil à luz dos valores e princípios constitucionais, entre os quais, o de livre desenvolvimento da personalidade.

O primeiro caso da jurisprudência alemã que outorgou uma indenização pela violação a direitos da personalidade, com base em interpretação constitucional, envolveu o uso de uma fotografia de um cavaleiro para uma campanha publicitária. Trata-se do célebre caso *Herrenreiter*, julgado pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), em 1958. Naquele caso, utilizou-se a fotografia de um cavaleiro, durante uma competição em que participara. Tempos depois, a foto foi utilizada em uma campanha publicitária de um remédio destinado a aumentar a potência sexual. A foto era simples: mostrava o viril cavaleiro e seu cavalo, pulando um obstáculo, com a legenda “Potência – Força – Energia” seguida do nome do remédio. A foto fora muito bem tirada, e o cavaleiro foi mostrado em uma posição de grande virilidade. Nada havia de desabonador na foto. Todavia, afirmou-se que cabia ao próprio fotografado decidir se e quando pretendia dar publicidade à sua imagem, pois ela integrava seu direito à autodeterminação como algo inerente ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Cremer, 2011, p. 50/51; Fedtke, 2001, p. 120/121). Posteriormente, tal direito veio a ser denominado de *Recht am eigenen Bild* (direito à própria imagem).

O embasamento legal utilizado pelas decisões alemãs repousa nos arts. 1º (inviolabilidade da dignidade humana) e 2º (direito geral de personalidade) da Constituição Federal alemã (Ellger, 2003, p. 170/171).

Rehm (2003, p. 383) noticia que a Corte Constitucional alemã frequentemente invoca o direito à autodeterminação como o princípio-guia para decidir casos envolvendo a privacidade.

Entre os casos jurisprudenciais de maior impacto envolvendo a violação ao direito à imagem merecem ser citados os casos envolvendo a Princesa Caroline de Mônaco (caso *Caroline Von Hannover*) (BVfG, 1999 e 2008). Referidos casos envolveram todas as esferas da jurisdição ordinária alemã, sua Corte Constitucional, além da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Embora Caroline não ocupe nenhum cargo ou função oficial no Principado de Mônaco, sempre foi perseguida pelos *paparazzi*, que a fotografaram em variadas situações. Ela tentou barrar, especialmente, três grupos de fotografias: 1) dela em companhia do ator Vincent Lindon, em um local reservado de um restaurante, obtidas com o uso de teleobjetiva; 2) dela com seus filhos, na praia e em outros locais públicos; 3) dela em locais públicos, mas em atividades privadas (fazendo compras, andando de bicicleta ou passeando).

Na justiça ordinária, o *Bundesgerichtshof* (equivalente, *grosso modo*, ao nosso STJ) proibiu a divulgação do primeiro grupo de fotos, invocando a ideia de expectativa de privacidade. Para admitir a divulgação das demais fotos, baseou-se na antiga concepção germânica de “pessoa da história contemporânea”.

O BVfG (*Bundesverfassungsgericht* - Corte Constitucional alemã) expandiu a proibição para as fotos envolvendo os filhos da princesa. Relativamente às demais fotos, embora envolvessem cenas da vida privada de Caroline, a Corte Constitucional entendeu que mero entretenimento também é protegido pela liberdade de imprensa, desempenhando “um papel na formação da opinião”, já que “muitos leitores obtêm informação que eles consideram importantes ou interessantes a partir da cobertura de entretenimentos pela imprensa” (Kommers; Miller, 2012, p. 489 e 492; Heiderhoff; Smij, 2009, p. 40/41).

Como veremos mais adiante, o caso foi parar na Corte Europeia de Direitos Humanos, que expandiu a proibição de publicação para todas as demais fotografias, reforçando a ideia da privacidade, mesmo de pessoas famosas. O que importaria é o interesse público ou não da informação ou imagem, o que não ocorria no caso, segundo a corte europeia.

4.2 A PROTEÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO INGLÊS

Nos países de *common law*, o direito à imagem normalmente não é visto como um direito autônomo, mas sim como um aspecto do direito à privacidade. Para falar daquele, portanto, há que se falar neste. O direito inglês não reconhece, de forma genérica, um direito à privacidade, cuja violação gere um *tort of privacy* (Matthews; Morgan; O’Cinneide, 2008, p. 1030). A proteção da *privacy* é dada por meio de outros institutos, entre os quais se destacam *breach of confidence*, *trespass*, *nuisance*, entre outros, como já havia esclarecido a então *House of Lords*, no caso *Wainwright v. Home Office*⁶, de 2003.

⁶ 4 All ER 969 [2003].

Na Inglaterra, em princípio, tirar uma fotografia de alguém, mesmo sem sua autorização, não seria um ato ilícito, embora a divulgação da foto poderia constituir uma invasão da privacidade (Krzeminska-Vamvaka; O'Callaghan, 2010, p. 116).

O *leading case* em matéria de proteção da privacidade e da imagem é o caso *Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, julgado em 06.05.2004 pela então *House of Lords*⁷. O caso envolvia a *top model* Naomi Campbell. O jornal *The Daily Mirror* publicara um longo artigo, de duas páginas, com chamada de capa intitulada: “*Naomi: I am a drug addict*”. A reportagem estava acompanhada de foto da modelo, flagrando-a quando deixava uma sessão dos Narcóticos Anônimos.

O artigo não se baseava em nenhuma declaração pública de Naomi a respeito de seus problemas. A reportagem decorreu do fato de o jornal ter descoberto que ela estava frequentando os *Narcotics Anonymous – NA*.

O advogado de Naomi decompôs sua pretensão com base em cinco fatos:

- 1) a afirmação de que Naomi era viciada;
- 2) a afirmação de que ela estava se tratando;
- 3) a informação de que ela estava frequentando os NA;
- 4) divulgação dos detalhes do tratamento – quanto tempo, frequência, conduta, comprometimento etc.;
- 5) e divulgação de uma foto dela saindo de um dos encontros dos NA.

Naomi teve ganho de causa em primeira instância, perdeu em segunda, e obteve definitivo ganho parcial de causa junto à *House of Lords*, em decisão por maioria (3 votos a 2).

Em relação aos dois primeiros aspectos referidos na ação, entendeu-se, por unanimidade, que os fatos eram publicáveis.

A divergência ocorreu em relação aos demais itens.

A questão foi enfrentada no âmbito do *tort of breach of confidence* (ilícita quebra de confiança). Um dos votos vencedores, de Lord Nicholls of Birkenhead, frisou que “*the common law [...] have long afforded protection to the wrongful use of private information by means of the cause of action which became known as breach of confidence*” (em tradução livre: “*a common law [...] há muito vem conferindo*

⁷ *House of Lords* [2004], 2 All ER 995.

proteção para evitar o uso ilícito de informação privada por meio do instituto que veio a ser conhecido como quebra de confiança”). Todavia, imediatamente, esclareceu que é firme o atual entendimento de que tal fundamento não mais exige uma relação inicial e anterior de confiança, e que a “*law imposes a ‘duty of confidence’ whenever a person receives information he knows or ought to know is fairly and reasonably to be regarded as confidential*” (em tradução livre: “a lei impõe um ‘dever de confiança’ sempre que uma pessoa recebe informações que saiba ou deva razoavelmente supor que devam ser tidas como confidenciais”). Já Lord Hoffmann resumiu o estado da arte no Direito inglês, dizendo que “quem sai em público deve aceitar que possa vir a ser fotografado sem o seu consentimento, da mesma forma que poderá ser visto e observado por outros, sem o seu consentimento”. “Isso é parte do preço que pagamos por vivermos em sociedade [...] Mas o fato que não se possa evitar ser fotografado não significa que quem tira ou obtém a fotografia possa publicá-la e divulgá-la para um público maior.”

Outro caso de grande repercussão, envolvendo o direito à imagem do casal de astros Michael Douglas e Catherine Zeta-Jones (*Douglas and others v. Hello! Ltd.*), foi julgado pela *Court of Appeal* em 2001. Por ocasião de seu casamento, o casal de artistas concedeu direito de exclusividade para a revista *OK!*. Um fotógrafo *freelance*, contudo, conseguiu se infiltrar na cerimônia, capturou imagens e as vendeu para a revista *Hello!*.

Uma ação indenizatória foi movida pelo casal, tendo eles tido sucesso em primeiro grau. A revista *Hello!* Recorreu, e a *Court of Appeal* manteve a decisão. Pontuou-se, nessa decisão, que a possibilidade de se opor à publicação de fotografias não autorizadas, tiradas em evento privado, não se limita às hipóteses em que elas possam revelar informações sigilosas ou causar impressões que possam ser embaraçosas. Basta o fato de se tratar de questão privada.

4.3 A PROTEÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO FRANCÊS

Na França, o texto constitucional é raramente invocado pelos advogados e juízes em questões envolvendo o direito privado. Praticamente todo o debate envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no país está vinculado à Convenção Europeia de Direitos Humanos, especialmente o direito ao respeito à vida privada e familiar, consagrado no art. 8º da referida Convenção (Hunter-Henin, 2007, p. 122/123).

A relevância da Convenção como texto básico de direitos fundamentais nas relações privadas decorre do art. 55 da Constituição francesa (1958), que prevê a

aplicação direta, pelas cortes francesas, de documentos jurídicos internacionais ratificados pela França (Sudre, 2008, p. 35/56).

Segundo Capelo de Souza (1995, p. 127/128), a doutrina francesa igualmente, há muito tempo, identifica o direito à imagem como um importante direito de personalidade, como é o caso das obras clássicas de Colin, Capitant e La Morandière, de Marty e Raynaud, dos irmãos Mazeaud, de Carbonnier. Mas há controvérsia sobre seu enquadramento na tipologia dos direitos de personalidade. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que o direito à imagem constitui um direito de personalidade autônomo, enquanto outra parte entende que se trata de um elemento do direito ao respeito à vida privada (Masson, 2009, p. 237).

Apesar das divergências doutrinárias, na França, o direito à imagem foi precocemente protegido pelo Tribunal Civil de Seine, em 16.06.1858, ao julgar o famoso caso *Rachel*. Tratava-se de uma famosa atriz que fora fotografada em seu leito de morte. Com base nessa fotografia, foram feitos desenhos, não autorizados, posteriormente comercializados. A família da atriz conseguiu uma ordem judicial para apreensão e destruição dos referidos *sketches*, além de uma condenação dos responsáveis ao pagamento de danos morais aos familiares. Na decisão judicial constou que:

Ninguém pode, sem o consentimento da família, reproduzir imagens de uma pessoa em seu leito de morte e torná-las públicas, pouco importando quão famosa tenha sido essa pessoa e quão pública tenha sido sua vida. O direito de se opor a essa reprodução é absoluto: deriva do respeito à dor da família e não pode ser violado, sob pena de ofensa aos mais íntimos e respeitáveis sentimentos. (Brüggemeier, 2010, p. 11)

Assim, desde meados do século XIX, o direito à imagem da pessoa foi tido como um direito subjetivo, cuja violação poderia conduzir à apreensão do veículo contendo a imagem divulgada sem autorização, além de danos morais, com base não em dispositivo legal específico, mas sim na cláusula geral da culpa (arts. 1.382 e 1.383 do Código Civil, na sua redação original). A jurisprudência francesa, desde então, vem constantemente afirmando a ilicitude da fotografia captada sem o consentimento da pessoa fotografada, mesmo quando ela não se destina a uma subsequente publicação. Essa orientação vale, inclusive, para

personalidades públicas, desde que as fotos não se refiram a cenas da função pública ou de atividade profissional (Brüggemeier, 2010, p. 16).

4.4 A PROTEÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO ESPANHOL

Na Espanha, há lei protetiva do direito à imagem. Trata-se da *Ley Orgánica nº 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Seu art. 8º, ao regular as exceções da proteção à imagem, permite sua utilização quando predominar “*un interés histórico, científico o cultural relevante*”.

Entende-se que se trata de

un derecho autónomo que no requiere la simultánea afectación de la honra o la intimidad del sujeto afectado. En efecto, el derecho a la propia imagen permite a la persona titular del mismo determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos puede ser captada o tener difusión pública – así como impedir que un tercero sin su consentimiento pueda difundir o reproducir su imagen –, todo ello aunque tal difusión no lesione su honor ni implique vulnerar su intimidad (vid. STC núm. 81/2001, de 26 de marzo [RTC 2001, 81]; STC Sala Segunda, núm. 156/2001, de 2 de Julio [RTC 2001, 156].⁸

Caso interessante foi julgado pelo Tribunal Constitucional, em 1994⁹, envolvendo a demissão de um empregado, por ter ele se recusado a se deixar fotografar e filmar realizando o corte de *jamón ibérico*, tarefa esta que ele realizava com grande habilidade e destreza, uma vez que a empresa para a qual trabalhava pretendia divulgar tal imagem em uma importante feira. Embora perdendo nas instâncias da justiça ordinária, o Tribunal Constitucional lhe deu ganho de causa¹⁰. O Tribunal assentou que a questão envolvia o direito à própria imagem como direito de impedir que outros a captem e a difundam. Afirmou que o direito à imagem, juntamente com os direitos à intimidade pessoal e familiar e à honra,

⁸ Rodríguez-Cano (2010, p. 929).

⁹ Sentença nº 99/1994, de 11 de abril, publicada no BOE 117, de 17 de maio de 1994. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁰ Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

contribui a preservar a dignidade da pessoa, salvaguardando-lhe uma esfera de reserva pessoal frente a intromissões ilegítimas provenientes de terceiros. Reiterando entendimento já adotado anteriormente (por meio da sentença STC 88/1985), afirmou que o contrato de trabalho não pode ser considerado como um título legitimador de afrontas ao exercício de direitos fundamentais que incumbam ao trabalhador como cidadão, que não perde sua condição pelo fato de estar inserido no âmbito de uma organização privada¹¹.

4.5 A PROTEÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO ITALIANO

No Direito italiano, a tutela da imagem encontra-se prevista no art. 10 do Código Civil, no qual se lê que: *“Qualora l’immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l’esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l’autorità giudiziaria, su richiesta dell’interessato, può disporre che cessi l’abuso, salvo il risarcimento dei danni”* (em tradução livre: “Quando a imagem de uma pessoa ou dos genitores, do cônjuge ou dos filhos tenha sido exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é legalmente autorizada, ou com prejuízo ao decoro ou à reputação da própria pessoa ou dos parentes mencionados, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode determinar que cesse o abuso, sem prejuízo da reparação dos danos”).

Todavia, o tema também fora tratado na anterior lei sobre direitos autorais (*Legge 633/1941*), na qual a seção sobre os *“Diritti relativi al ritratto”* (arts. 96 a 98) dispusera nos seguintes termos (reprodução com supressão de partes não essenciais):

Art. 96

Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell’articolo seguente. [...]

Art. 97

Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell’immagine è giustificata dalla notorietà o dall’ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di

¹¹ Uma análise de tal caso, usado para ilustrar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas na Espanha, encontra-se em Liboreiro (2007, p. 393).

polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro della persona ritrattata.¹²

Vê-se, assim, que enquanto a Lei de Direitos Autorais de 1941 protege o retrato, o Código Civil de 1942 protege a imagem, que é um conceito mais amplo do que o de retrato.

Interessante referir que, na exposição de motivos do Código Civil, o Ministro da Justiça fez referência expressa (item 40 da exposição) ao art. 10 do CC, concernente ao direito à imagem, dizendo que “*questo è già disciplinato dalla Legge 22 aprile 1941, n. 633, sulla protezione del diritto di autore, ma non poteva nella parte del Codice Civile, relativa ai diritti della personalità, mancare una norma che affermasse il diritto sul proprio ritratto*” (em tradução livre: “isto já é disciplinado pela Lei nº 633, de 22 de abril de 1941, sobre a proteção do direito do autor, mas não podia faltar, na parte do Código Civil relativa aos direitos da personalidade, uma norma que afirmasse o direito sobre a própria imagem”).

A tutela clássica que tais normas oferecem é substancialmente defensiva, atribuindo ao titular do direito à imagem o poder de impedir a abusiva utilização, reprodução e publicação do seu retrato. Com a evolução das práticas sociais, vem sendo aceito também um direito sobre a imagem, vinculado à possibilidade do seu titular ceder ou licenciar a utilização de sua imagem, normalmente mediante contraprestação pecuniária, caracterizando, assim, uma espécie de direito proprietário (Busacca, 2014, p. 458).

Há consenso no sentido de que, em caso de uso abusivo e não autorizado da imagem, o interessado pode não só obter a compensação dos danos morais, mas

¹² Em tradução livre: “Art. 96 [...] O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou colocado no comércio sem a autorização desta, ressalvadas as disposições do artigo seguinte. [...] Art. 97 [...] Dispensa-se a autorização da pessoa retratada quando a reprodução da imagem é justificada pela sua notoriedade ou pelo cargo público por ela ocupado, por necessidade da justiça ou da polícia, por finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução é ligada a fatos, acontecimentos, cerimônias de interesse público ou ocorridos publicamente. O retrato não pode, porém, ser exposto ou colocado no comércio, quando a exposição ou colocação no comércio acarrete prejuízo à honra, à reputação ou ao decoro da pessoa retratada”.

também obter uma tutela inibitória visando evitar ou fazer cessar a divulgação indevida da imagem.

Algumas decisões da Corte de Cassação indicam como o direito à imagem é protegido pela jurisprudência italiana. Em decisão de 2015 (Cass. n. 15360/2015), foi referido que o exercício legítimo do direito de crônica não valida automaticamente o uso de imagem acompanhando o texto, se não houver um interesse público nisso, *“nell’ottica della essenzialità di tale divulgazione ai fini della completezza e correttezza della informazione fornita”* (em tradução livre: “na ótica da essencialidade de tal divulgação, para assegurar a completude e a correção da informação fornecida”). Em uma decisão de 2013 (Cass. n. 24110/2013), foi negada indenização a alguém cuja imagem fora captada em uma estação ferroviária, junto a uma multidão anônima de passageiros, entre os quais numerosos participantes de uma manifestação *gay pride*. Entendeu-se que se tratava de uma notícia de interesse público, a imagem da pessoa não fora destacada e o fato de ter sido fotografado conjuntamente era um inafastável *“rischio della vita”*. Em decisão mais antiga, de 1986 (Cass. n. 1763/1986), a Corte de Cassação decidiu caso envolvendo imagem de arquivo. Tratava-se de uma foto de um torcedor, em pleno estádio, que nitidamente estava sofrendo por seu time. Dentro do contexto, a utilização de tal foto justificava-se, mesmo sem autorização, para mostrar esse universo real dos torcedores apaixonados por seus times, a ponto de sofrerem por eles. Todavia, referida imagem foi usada muito tempo depois para promover um programa de uma transmissão televisiva, o que foi considerado uma violação ao direito à imagem, já que desvinculada do contexto originário de sua captação.

4.6 A PROTEÇÃO DA IMAGEM NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) tem por função zelar pela aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Carta de Roma), de 1950. Seu art. 8º, primeira parte, tem a seguinte redação: “Art. 8º Direito ao respeito à vida privada e familiar: 1. Todos têm o direito ao respeito à sua vida privada e familiar, da sua casa e da sua correspondência”.

Muitos casos envolvendo o direito à imagem chegam à Corte Europeia sob o argumento de violação do direito à vida privada.

Assim, no caso envolvendo a Princesa Caroline de Mônaco, já referido, após o processo ter passado por todas as instâncias da justiça ordinária e

pela Corte Constitucional alemã, o caso chegou à CEDH (*Von Hannover case*, julgado em 2005). O julgamento desse caso fixou importante diretriz: fotografias relativas à vida privada de uma pessoa só podem ser publicadas com o consentimento desta, mesmo no caso de celebridades fotografadas em lugares públicos. Satisfazer a mera curiosidade de leitores de tablóides não justifica a exploração e a comercialização de fatos concernentes a aspectos da vida privada de celebridades. Nas palavras da Corte, “o fator decisivo para o balanceamento da proteção da vida privada frente à liberdade de expressão deve repousar na contribuição que as fotos e artigos publicados possam dar a um debate de interesse geral”. Somente ao contribuir dessa forma é que “a imprensa exerce seu papel vital de cão de guarda da democracia, contribuindo ao trazer informações e ideias em matérias de interesse público” (Cremer, 2011, p. 76).

Protege-se a privacidade contra a liberdade de imprensa. Esta prevalece somente se a informação ou a imagem disser respeito ao exercício de funções oficiais, se houver interesse público evidente ou quando a imprensa estiver cumprindo sua função de “cão de guarda” em questões políticas.

Deve ser referido, porém, que, com base nesta decisão, a Princesa Caroline voltou a ingressar em juízo, em razão de outras fotos que também violariam seu direito à privacidade. Não tendo obtido sucesso na Justiça alemã, Caroline novamente faz com que seu caso seja apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Desta vez, em julgamento pela *Grand Chamber*, em 07.02.2012¹³, entendeu-se que a Justiça alemã havia feito um adequado balanceamento entre todos os interesses em jogo, respeitando a orientação da CEDH, e, portanto, reconheceu que não havia sido violado o direito à privacidade de Caroline.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta rápida incursão pelo direito comparado, percebe-se que o direito à imagem é protegido nas mais relevantes experiências jurídicas ocidentais. Uma pesquisa mais ampliada, que foi omitida, revelaria que também em outros países há uma proteção igualmente intensa da imagem.

Predomina a noção de que o direito à imagem é um direito autônomo, ou seja, não está vinculado à proteção da honra ou de qualquer outro valor, tampouco sua tutela depende da prova da ocorrência de danos materiais.

¹³ Disponível em: <<http://194.242.234.211/documents/10160/2055471/EHCR+-+CASE+OF+VON+HANNOVER+v.+GERMANY+No.+2.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Protege-se a imagem porque ela é um importante componente dos direitos da personalidade. É a forma visual pela qual nos apresentamos no mundo. E da mesma forma que ninguém pode se utilizar, sem nosso consentimento, de objetos que nos pertençam, igualmente não podem se utilizar de nossa imagem sem nossa permissão.

Ainda que configurando importante direito de personalidade, quer consagrado legislativamente ou não, é fato que não se trata de direito absoluto – como nenhum o é. Assim, frequentemente a questão da sua tutela imbrica-se com o conhecido tema das colisões de direitos fundamentais e com a necessária solução pela via da ponderação. Um dos mais relevantes direitos que se invoca contra a proteção da imagem é o da liberdade de imprensa. A questão mais relevante dentro dessa especial colisão de direitos diz respeito aos eventuais limites à utilização de imagens de pessoas conhecidas do grande público, por serem artistas, políticos, magnatas, membros da realeza etc. Durante muito tempo, entendeu-se que qualquer notícia e imagens a elas concernentes vinham automaticamente revestidas do caráter de interesse público. Esse entendimento vem se enfraquecendo na mesma proporção que cresce o entendimento de que a proteção de direitos fundamentais individuais é de enorme interesse público em uma democracia contemporânea. Nesse sentido, é importante notar que a Corte Europeia de Direitos Humanos, com sua ascendência sobre as cortes nacionais dos países europeus, a partir do caso *Von Hannover*, vem entendendo que mesmo pessoas notórias têm o direito à sua vida privada, não podendo suas imagens, mesmo captadas em público, serem divulgadas livremente, quando não contenham informações efetivamente de interesse público. Simples curiosidade do leitor ou entretenimento da população não tem tal conotação.

Acredito ser essa a tendência futura, na linha de uma defesa dos direitos fundamentais cada vez mais comprometida, especialmente dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

AMARAL, Francisco. O direito à imagem na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

BRÜGGEMEIER, Gert. Protection of personality rights in the law of delict/torts in Europe: mapping out paradigms. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BUSACCA, Angela. L'immagine della persona. Tra *right of privacy* e *right to publicity*. In: CENDON, Paolo (dir.). *Trattato breve dei nuovi danni*. Volume Primo – Persone, Famiglia, Medicina. S/I: CEDAM, 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CREMER, Hans-Joachim. *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law – A Comparison Between English and German Law*. London: Routledge-Cavendish, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito do autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ELLGER, Reinhard. The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne (ed.). *Human Rights in Private Law*. Portland/Oregon: Hart Publishing, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FEDTKE, Jörg; MAGNUS, Ulrich. Non-Pecuniary Loss Under German Law. In: ROGERS, W. V. Horton (ed.). *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*. Wien (Viena): Springer Verlag, 2001.

GALVÃO, Helder. Direito de imagem e fotojornalismo. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

GROSS, Larry; KATZ, John Stuart; RUBY, Jay. Preface. In: _____. (ed.). *Image Ethics – The Moral Rights of Subjects in Photographs, Film, and Television*. New York: Oxford University Press, 1988.

HEIDERHOFF, Bettina; SMIJ, Grzegorz (ed.). *Tort Law in Poland, Germany and Europe*. Munich: Sellier – European Law Publishers, 2009.

HUNTER-HENIN, Myriam. France – Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights. In: OLIVER, Dawn; FEDKE, Jörg (ed.). *Human Rights and the Private Sphere – A comparative Study*. New York: Routledge-Cavendish, 2007.

JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004.

KEETON, W. Page; DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. *Prosser and Keeton on Torts*. 5th ed. St. Paul/Mn: West Publishing Co, 2004.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3rd ed. rev. e amp. Durham: Duke University Press, 2012.

KRZEMINSKA-VAMVAKA, Joanna; O'CALLAGHAN, Patrick. Mapping out a right of privacy in tort law. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; COMANDÉ, Giovanni (ed.). *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*. Vol. II: Comparative Analyses of selected Case Patterns. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LIBOREIRO, Andrea Rodríguez. Spain. In: OLIVER, Dawn; FEDKE, Jörg (ed.). *Human Rights and the Private Sphere – A comparative Study*. New York: Routledge-Cavendish, 2007.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004.

MASSON, Jean-Pol. Le Droit à l'Image. In: RENCHON, Jean-Louis (dir.). *Les droits de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 2009.

MATHEWS, Martin; MORGAN, Jonathan; O'CONNOR, Colm. *Hepple and Matthew's TORT – Cases and Materials*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros; BARROS MONTEIRO, Ralpo Waldo de; BARROS MONTEIRO, Ronaldo de; BARROS MONTEIRO, Ruy Carlos de. *Comentários ao novo código civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2010.

PAGE, Joseph A. American tort law and the right to privacy. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

REHM, Gebhard M. Privacy in the Digital Age: Vanishing into Cyberspace? In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne (ed.). *Human Rights in Private Law*. Portland/Oregon: Hart Publishing, 2003.

RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (dir.). *Responsabilidad extracontractual*. Cizur Menor/Navarra: Thomson Reuters, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários ao art. 5º, X, da CF. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

SUDRE, Frédéric. La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne; CABRILLAC, Rémy; REVET, Thierry (ed.). *Libertés et droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 2008.

SUEIRO, Maria E. Rovira. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1999.

TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos à imagem. *O Direito*, Coimbra: Almedina, a. 133º, n. 2, p. 389-459, 2001.

Submissão em: 22.05.2018

Avaliado em: 23.05.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 31.05.2018 (Avaliador C)

Avaliado em: 04.07.2018 (Avaliador D)

Aceito em: 04.07.2018

POR QUE PRENDEMOS TANTO? UMA REVISÃO DA LITERATURA CRIMINOLÓGICA BRASILEIRA SOBRE O GRANDE ENCARCERAMENTO

WHY DO WE INCARCERATE SO MUCH? A REVIEW OF CRIMINOLOGICAL LITERATURE ON INCARCERATION IN BRAZIL

Manuela Abath Valença¹

Professora da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE, Recife/PR, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito penal; criminologia.

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma revisão da bibliografia criminológica produzida nos últimos cinco anos no Brasil sobre o tema do grande encarceramento. Buscando produções sobre o tema nos bancos do SCIELO, teses e periódicos da CAPES, além dos anais do CONPEDI e da ANPOCS, procedemos à leitura e ao exame de 25 trabalhos. Procurávamos entender os fatores que os autores associavam ao encarceramento em massa, bem como os principais aportes teóricos utilizados. Verificamos que há praticamente um consenso em torno da premissa segundo a qual não estamos prendendo mais apenas

porque houve um crescimento da criminalidade no Brasil. Em verdade, os estudos relacionam o fenômeno em exame às dinâmicas do capitalismo contemporâneo, gerador de desemprego e da precarização do trabalho, ao aumento da pobreza e ao recrudescimento da cultura punitiva, a qual passa a se orientar por propósitos de redução de riscos e controle/contenção das classes perigosas. Essas interpretações vêm sendo tomadas emprestadas, sobretudo, das obras de Loïc Wacquant, David Garland e Michel Foucault. Interpretar o grande encarceramento no Brasil, onde a convivência do sistema punitivo formal e informal gera um cenário de particularidades, torna-se um desafio ainda não plenamente vencido.

¹ Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UNB, Brasília/DF, Brasil). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE (2012). Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP, Recife/PE, Brasil). *E-mail:* manuelaabath@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/4639632022380361>>.

ABSTRACT: *This paper presents a review of criminological literature produced in the last five years in Brazil on the subject of the mass incarceration. Seeking productions on the archives of SCIELO, CAPES and the CAPES Journal, in addition to the annals of CONPEDI and ANPOCS, we proceeded to the reading and examination of 25 jobs. We sought to understand the factors that the authors associated to mass incarceration as well as the main theoretical framework used. We found that there is practically a consensus on the premise that we incarceration is not related with the increase of crime in Brazil. In fact, the studies conclude that incarceration is related to the dynamics of contemporary capitalism, the rates of unemployment and job insecurity, the increase of poverty and the rise of the punitive culture, which is guided by risk reduction and control/containment of the dangerous classes. These interpretations have been borrowed mainly from the works of Loïc Wacquant, David Garland and Michel Foucault. Understand the mass incarceration in Brazil, where the coexistence of formal and informal punitive system generates a lot of particularities, remains a challenge yet to be fully overcome.*

PALAVRAS-CHAVE: revisão bibliográfica; criminologia; grande encarceramento.

KEYWORDS: *review of literature; criminology; mass incarceration.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações metodológicas; 2 Resultados: tentando explicar o encarceramento em massa; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Methodological appointments; 2 Findings: trying to explain mass incarceration; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Pedrinhas, Aníbal Bruno, Presídio Central de Porto Alegre, Urso Branco. Cada um desses nomes nos remete a tragédias que viveram e vivem presos e funcionários dessas unidades prisionais. Longe de serem exceção, essas unidades constituem verdadeiras metonímias do sistema carcerário brasileiro. Cabeças cortadas, esgoto a céu aberto, chacinas. Comandos e descontrole das administrações penitenciárias. Superlotação e cheiro de imundice.

O quadro que nos é colocado, diante do olhar sobre o sistema carcerário brasileiro, leva-nos a duas inarredáveis conclusões: a primeira delas é a de que não paramos de prender. Nos últimos 20 anos, a população carcerária brasileira só aumentou e o horizonte não nos parece animador. A outra certeza é a de que presídios de todo o Brasil são masmorras onde violações de direitos humanos protagonizam o cotidiano.

Diante disso, uma pergunta singela, mas fundamental, é: por que prendemos tanto? A hipótese mais ligeira é a de que prendemos mais nos últimos anos porque houve aumento exponencial também da criminalidade. Sem dúvidas, difícil é negar o aumento dos índices de criminalidade no Brasil, afinal, as taxas de homicídio e a evidência dos corpos que se estendem diariamente no chão não permitem que concluamos de forma diversa. Ao mesmo tempo, houve expansão do consumo e, portanto, do tráfico de drogas e, junto a ele, do de armas de fogo.

Entretanto, ao lembrar que, no Brasil, as diversas pesquisas sobre fluxo dos processos de homicídio concluem que punimos menos de 10% desses delitos²; ao observar qualitativamente a composição da população carcerária brasileira e perceber que ainda há em torno de 15%³ de pessoas presas por furto (simples ou qualificado), delito praticado sem violência à pessoa e que admite a substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos; e ao verificar, nas inúmeras pesquisas sobre criminalização do tráfico de drogas, que entulhamos a prisão de pequenos e pequenas traficantes, a quem mesmo a Lei nº 11.343 admitiria penas alternativas à prisão⁴, faz-nos pensar que a prisão não inchou apenas porque resolvemos combater a criminalidade.

Sendo assim, suspeita-se da premissa segundo a qual o aumento do número de presos se dá em razão, tão somente, do aumento do número de crimes. Por óbvio, todas as pessoas presas possuem uma acusação formal que sobre elas recai. Porém, entre ser acusado de um crime, ser condenado e ser preso há um longo percurso permeado de decisões, afinal, nem todo acusado de um crime é condenado, e nem todo condenado é preso.

A demanda anunciada por Rusche e Kirchheimer na década de 1930, então, parece conduzir os trabalhos deste início de século XXI:

² ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia Izumino. A justiça no tempo, o tempo da justiça. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, nov. 2007. p. 131-155.

³ Segundo informações do DEPEN, em junho de 2012, havia 72.440 homens e mulheres presos por furto simples ou qualificado no Brasil, correspondendo a 14,24% da população carcerária, que, à época, contabilizava 508.357 pessoas.

⁴ BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição*. Brasília: Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito, n. 1, 2009; JESUS, Maria Gorete Marques de; HILDEBRANDO, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. *Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. [recurso eletrônico], 2014.

A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre delito e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isso tudo tem que acabar. A pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido.⁵

Este trabalho apresenta uma revisão da bibliografia produzida no Brasil entre 2009 e 2013, nas áreas da criminologia e sociologia criminal, que procurava compreender o fenômeno do grande encarceramento no País. De que maneira temos respondido à pergunta “por que a população carcerária brasileira cresceu nos últimos 30 anos?”.

Após as considerações de ordem metodológica, apresentaremos o resultado de nossa revisão. Ao final, analisamos 30 trabalhos. Muitos deles não tinham o encarceramento em massa como objeto principal, mas o abordavam indiretamente. Grande parte chega à conclusão de que a prisão é útil e funcional ao sistema capitalista contemporâneo. Cumprindo a tendência inaugurada na obra antes citada, punição e estrutura social seria, mais do que qualquer outra, a chave fundamental para compreender o fenômeno do grande encarceramento.

1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Para a realização desta revisão bibliográfica, procedemos as buscas em três bancos de trabalhos acadêmicos: periódicos CAPES, banco de teses da CAPES e plataforma SCIELO. Também pesquisamos nos anais dos dois encontros de pós-graduação mais relevantes na área do Direito e da Sociologia, respectivamente: do CONPEDI⁶ e da ANPOCS⁷. Sabemos que há muitas revistas no campo da sociologia criminal e da criminologia que poderiam também ter sido acessadas. Porém, a falta de inclusão de todas elas em bancos de pesquisa dificultou essa busca, de modo a termos optado por excluir todas. Uma vez que o objetivo era recuperar os artigos que lidavam com o fenômeno do crescimento da população carcerária nas últimas três décadas, do ponto de vista da criminologia ou da

⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p 19.

⁶ Como ocorrem dois encontros anuais do CONPEDI, foram analisados apenas os anais dos últimos cinco anos.

⁷ Foram consultados os anais do 32º ao 37º encontro.

sociologia do crime, estabelecemos alguns padrões de busca e de exclusão/inclusão para compormos o nosso *corpus* de análise.

Em cada um dos bancos, foram utilizadas as seguintes palavras-chave para a busca: “prisão”, “encarceramento”, “população carcerária” e “população prisional”; e, considerando que, do ponto de vista legal, o último grande empenho em reduzir a pena de prisão foi a criação e a sistematização das penas restritivas de direitos, também inserimos como padrão os termos “penas alternativas”. A partir de então, encontramos o quantitativo indicado no quadro a seguir:

Quadro 1: Número de artigos por padrão de busca e banco

	Periódicos CAPES	Banco de teses da CAPES	SCIELO
“População prisional”	39	34	25
“Encarceramento”	56	57	36
“População carcerária”	28	35	25
“Prisão”	288 ⁸	183	116
“Penas alternativas”	22	17	11

Fonte: Elaboração própria.

Foram excluídos de nossa análise os artigos que abordavam os temas da prisão civil ou das modalidades de prisões processuais, sem adentrar a discussão sobre o encarceramento em massa; os artigos das áreas de Saúde, Psicologia, Educação, Letras e História; os artigos que não tratassem do fenômeno no Brasil; os artigos que abordavam o fenômeno em outras épocas históricas; e aqueles que, embora tratassem do fenômeno prisional hoje, não abordavam a expansão da população carcerária como tema, tratando de aspectos do cotidiano prisional, como rebeliões, disciplina interna, existência de comandos, rotina de mulheres e homens, maternidade, entre tantos outros. Por fim, também excluímos os trabalhos que versavam apenas sobre as penas restritivas de direitos, sem correlacioná-las ao aumento ou redução do encarceramento. Evidentemente, também havia trabalhos duplicados, que apareceram em mais de um banco.

⁸ Apesar do elevado número de artigos encontrados no banco de periódicos da CAPES, até mesmo notícias sobre “prisão” de alguém estavam entre os achados.

Aplicados os padrões de exclusão, ficamos com 22 trabalhos, entre dissertações, teses e artigos publicados em revistas acadêmicas, indexadas ao SCIELO.

Já entre os anais da ANPOCS, foram encontrados dois artigos que abordavam a temática, e, nos do CONPEDI, um.

2 RESULTADOS: TENTANDO EXPLICAR O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Como adiantado anteriormente, a grande maioria dos trabalhos produzidos nesta última década, sobretudo na área jurídica, interpretam o fortalecimento da prisão como estando associado à função que ela passa a desempenhar de controle sobre o excedente de pessoas que o próprio capitalismo gera ao desenvolver uma economia em que o desemprego é estrutural, situação que se agrava nos países subdesenvolvidos como o Brasil. Em uma frase, o grande encarceramento estaria relacionado à necessidade de neutralização dos excluídos e consumidores falhos. Por outro lado, a prisão seria a resposta de uma sociedade ávida por soluções rápidas para a criminalidade. Os autores mais citados e que utilizamos como referencial teórico são Loïc Wacquant, David Garland e Michel Foucault.

2.1 O ABANDONO DO ESTADO SOCIAL E A EXPANSÃO DO ESTADO PENAL: NO CAMINHO DE LOÏC WACQUANT

A hipótese de expansão do sistema penal a partir da retração, com o neoliberalismo, do Estado Social é central na explicação sobre o encarceramento no Brasil. Quando não aparece como tese principal, é, no mínimo, utilizada como pano de fundo para outras reflexões.

Muitos desses trabalhos investigam como a crise econômica, iniciada ainda na década de 1980, teria deixado milhares de pessoas à beira da miséria. Essa massa de pobres, de desassistidos e de desempregados, sem perspectiva de ser absorvida pelo mercado formal, estaria fadada a recorrer aos programas de assistência social ou aos mercados informais lícitos ou ilícitos, sobretudo, neste último caso, o de drogas⁹.

Em tempos de neoliberalismo, os projetos de assistência social recuam, e as agências de controle punitivo, por sua vez, influenciadas por concepções

⁹ SILVA, Marco Aurelio Souza da. *O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica: a construção do traficante nas decisões judiciais em Santa Catarina*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

de “lei e ordem”, passariam a perseguir com maior intensidade e afinco, sem qualquer tolerância, as desordens e indisciplinas dos grupos marginais (drogas, pichações, brigas de rua etc.). De forma mais direta e esquemática, e utilizando as variáveis wacquanianas de taxas de criminalidade, taxas de encarceramento e quantitativo de políticas assistenciais governamentais, teria se operado, a partir da década de 1980, nos Estados Unidos, a despeito da redução da criminalidade, o aumento das taxas de encarceramento e a contenção de políticas assistenciais¹⁰. A partir dessa explanação, desenvolveram-se muitas pesquisas.

O trabalho de Felipe Monteiro e Gabriela Cardoso¹¹ procura demonstrar essa hipótese a partir dos dados sobre o perfil socioeconômico dos presos, fornecidos pelo DEPEN. Os autores concluem pela utilização da prisão como forma de administração da mão de obra desqualificada, incapaz de ser absorvida pelos empregos formais e lícitos, pois a maioria dos presos e das presas têm baixa escolaridade e renda, constituindo, por certo, pessoas com dificuldades de absorção no mercado formal. A seletividade, pois, do sistema punitivo é a prova, em si, de que ele é utilizado como forma de manutenção e administração da pobreza. Na mesma linha de raciocínio, sem, entretanto, apresentar um tratamento de dados, é o trabalho de Massaro¹².

Também desenvolve argumento semelhante Silvio José Bondezan¹³. Ao investigar a ampliação do sistema penitenciário do Estado do Paraná, interpreta a política expansionista como forma de disciplinar e administrar a massa de pobres e desassistidos gerada pelas crises do sistema capitalista. Ressalta que, na década de 2000, foram criadas dezenas de novas penitenciárias no Estado,

¹⁰ Em sua obra mais recente, *As duas faces do Gueto*, Wacquant demonstra como o abandono estatal nas áreas dos guetos estadunidenses gerou a quebra dos laços comunitários e interpessoais que facilitaram a propagação da violência e a repressão punitiva dos pobres. Ele argumenta: “o maciço desinvestimento social levado a cabo pela diminuição da provisão estatal (i) acelera a decomposição da infra-estrutura institucional inerente ao gueto; (ii) facilita a propagação da violência endêmica e estimula o clima de medo envolvente; e (iii) oferece espaço e impulso para o desabrochar de uma economia informal dominada pelo comércio de drogas” (WACQUANT, 2008, p. 57).

¹¹ MONTEIRO, Felipe M.; CARDOSO, Gabriela R. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária. Um debate oportuno. *Civitas Porto Alegre*, v. 13, n. 1, p. 93-117, jan./abr. 2013.

¹² MASSARO, Camila. Desemprego, repressão e criminalização social no Brasil: violência e encarceramento em massa. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 119, abr. 2011.

¹³ BONDEZAN, Silvio José. Penitenciárias no Paraná: contribuição aos estudos sobre sociologia da punição e políticas públicas de segurança. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Maringá, 2011.

muitas delas baseando-se no modelo das *supermax* norte-americanas. O autor afirma que, entre 2003 e 2006, foram criadas mais de 14 mil novas vagas, e informa que, ao lado do aumento das taxas de encarceramento, houve redução dos investimentos nas áreas sociais:

Os orçamentos para o DEPEN-PR, só no período que corresponde aos anos de 2004 a 2007, foram estipulados em mais de R\$ 512 milhões. Se computarmos os investimentos aprovados no orçamento do Estado do Paraná até 2011, serão gastos, com o sistema penitenciário, valores acima da casa de R\$ 1 bilhão e meio. Tais cifras indicam que o Estado do Paraná exemplifica aquilo que Loïc Wacquant considera paradoxal em políticas públicas de segurança: aumentam-se os investimentos em um estado penal em detrimento de um estado social, principalmente no que diz respeito à geração de renda e trabalho. Na definição orçamentária para os anos de 2004 a 2007, o valor para ação “trabalho e renda” foi estipulado em R\$ 166.721.730,00, enquanto que para o período seguinte, de 2008 a 2011, o montante caiu para R\$ 93.579.140,00. Juntos, esses valores para a geração de “trabalho e renda” ficaram abaixo de R\$ 300 milhões, bem aquém do montante destinado ao sistema penitenciário.¹⁴

Abordando, especificamente, a situação das mulheres, registre-se o trabalho de Luciana de Souza Ramos¹⁵. A partir de dados secundários de pesquisas sobre emprego e população economicamente ativa no Brasil, produzidos pelo IPEA e pela PNAD, bem como de informações colhidas pela pesquisadora na Penitenciária Feminina do Distrito Federal, a autora apresenta o perfil socioeconômico das presas e destaca como as mulheres – porque submetidas a piores empregos e, em média, recebendo menos que homens, mesmo possuindo maior qualificação escolar que eles – veem, no mercado ilícito de tráfico de drogas, uma alternativa de trabalho mais bem remunerado. Entretanto, dada à divisão

¹⁴ BONDEZAN, Silvio José. Op. cit., p. 100.

¹⁵ RAMOS, Luciana de Souza. Por amor ou pela dor! Um olhar feminista sobre encarceramento de mulheres por tráfico de drogas. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2012.

sexual do trabalho, neste mercado, elas também assumem posições de menor importância, estando mais sujeitas a serem selecionadas pelo sistema punitivo. Desse modo, a pauperização feminina explicaria, em parte, o crescimento da população carcerária de mulheres, que é decorrência, em grande medida, da criminalização pelo tráfico de drogas.

A tese de doutorado de Allan Hahneemann Ferreira, intitulada “Os ditos e os interditos da tolerância zero: atualidades legislativas das fantasias de controle social penal total – Estado de Goiás 2003-2010”, aborda o grande encarceramento como fruto de uma política de tolerância zero, importada dos Estados Unidos e fortalecida pelo neoliberalismo. O *boom* carcerário teria sido efeito direto desse movimento, apresentando o autor os dados do Brasil e do Estado de Goiás. O trabalho de campo por ele desenvolvido é voltado aos atores da chamada “criminalização primária”, isto é, parlamentares, e observa os trabalhos da Comissão da Câmara dos Deputados de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, sobretudo a atuação do deputado João Campos, de Goiás, e do Senado, nos mandatos de Demóstenes Torres. O autor destaca, entre outros fatores, a luta da referida comissão para o aumento de verbas para a pasta da segurança pública, assim como avalia o tipo de proposta que esses parlamentares apresentam para o tema da segurança, destacando-se as tendências expansionistas e repressoras.

No artigo “A contemporaneidade da prisão e do sistema punitivo: sistema pós-correcional no capitalismo de barbárie”, de Isac Tolentino de Araújo Júnior, ao investigar a construção da Lei nº 10.820, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado, o autor entenderá a expansão do sistema carcerário a partir das demandas do capitalismo de barbárie para a contenção dos excedentes populacionais, ou do que se costuma chamar de “consumidores falhos”. Analisa, no contexto do neoliberalismo, a expansão dos discursos que fortalecem o sistema carcerário e atribui tal momento a uma crise do capitalismo e à influência da ideologia da tolerância zero:

Um grupo expressivo da população mundial não mais participa nem participará da atividade laboral. Esse “excedente de pessoas sem lugar no capitalismo que se move à velocidade do sinal eletrônico tornou-se um dos principais problemas da contemporaneidade”. Wacquant caracteriza esse movimento como “o surgimento de um novo regime de marginalidade

urbana nas sociedades avançadas do Ocidente capitalista e o conseqüente desvio da estratégia governamental na direção da punição da pobreza”.¹⁶

Para Clécio¹⁷, o encarceramento em massa é resultado da política criminal neoliberal, de direta influência estadunidense, que se consubstancia na contenção do estado previdenciário e na expansão do estado penal, programa este concretizado, sobremaneira, a partir da aprovação de novas leis penais e processuais penais que criam novos tipos, enrijecem o tratamento de outros, retiram benefícios como a liberdade provisória etc. Para o autor, a década de 1990 é o cenário de todos esses acontecimentos, igualando-se, em grande medida, ao vislumbrado nos Estados Unidos por Wacquant.

2.2 RETIRAR DE CIRCULAÇÃO E, SE POSSÍVEL, ELIMINAR: O CÁRCERE ATUARIAL COMO DEPÓSITO DOS CONSUMIDORES FALHOS

Partindo, ainda, do referencial de Wacquant, alguns trabalhos trazem uma gramática mais específica dos “consumidores falhos” ou sujeitos que não têm qualquer participação na ordem econômica e social atual. Esse dado estrutural do aumento da pobreza unido a um incremento na percepção dos riscos e a uma ideia bastante difundida de que “nada funciona” na realidade carcerária teria levado a uma resignificação da prisão¹⁸. Longe de se pensar em alternativas, a prisão passa a ser compreendida a partir de uma nova funcionalidade: neutralizar os riscos e incapacitar os sujeitos e os grupos perigosos.

A percepção sobre o papel da prisão se modifica, mas não somente ela. Há toda uma nova política criminal na era pós-moderna que, segundo Garland, é basicamente voltada à contenção desses riscos. Trata-se do que se passou a chamar de “política criminal atuarial”. O que orienta a lógica atuarial é, segundo Dieter, “utilizar a pena criminal para o sistemático controle de grupos de risco

¹⁶ ARAUJO JR., Isac. A contemporaneidade da prisão e do sistema punitivo: sistema pós-correcional no capitalismo de barbárie. *Passagens*, v. 3(1), p. 33-61, p. 39, 2011.

¹⁷ LEMOS, Clecio Jose Morandi de Assis. Política criminal no Brasil neoliberal. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.

¹⁸ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

mediante a neutralização de seus membros salientes, isto é, a gestão de uma permanente população perigosa, pelo menor preço possível¹⁹.

A política criminal atuarial foi abordada por Roberta Miranda²⁰. Para a autora, o pós-modernismo e a era pós-industrial gerou um excedente de mão de obra e um grande número de consumidores falhos. Com ele, veio um novo encarceramento que não possui nenhuma utopia disciplinar. O cárcere moderno é o cárcere atuarial: sua razão de existir é a de neutralizar e conter.

Carlos Eduardo Silva²¹, associando a leitura de Wacquant e de Garland, entende que vivemos uma era de riscos, e o medo da criminalidade, que é constantemente explorado pela mídia, gera sensação de insegurança e demanda por mais punição. Nesse cenário, as prisões preventivas ganham fôlego por possuírem um potencial de eliminação imediata do perigo, articulando, desse modo, o grande encarceramento a uma resposta por solução à questão da criminalidade.

Também José de Jesus Filho²², tratando do tema da vigilância eletrônica, adota a perspectiva atuarial. Para ele, vivemos uma sociedade panóptica, de constante vigilância e controle, o que, aliado a uma tradição autoritária e de desigualdade, traduz-se em controle absoluto sobre sujeitos perigosos identificados com a pobreza²³. A vigilância eletrônica, longe de poupar o aumento da população carcerária, recai sobre indivíduos que poderiam estar longe dos olhos do Estado, pois atualiza uma lógica de combate aos riscos e aos sujeitos perigosos²⁴.

¹⁹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 100.

²⁰ MIRANDA, Roberta Espindola. *O estado de exceção cotidiano e a cultura do controle do crime*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

²¹ SILVA, Carlos Eduardo Cunha Martins. *A difusão do medo e a banalização das prisões provisórias: quando a exceção torna-se a regra do jogo*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio de Janeiro, 2012.

²² JESUS FILHO, José de. *Vigilância eletrônica, gestão de riscos e política criminal*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2012.

²³ Argumento encontrado também em: SEGUNDO, Breno Wanderley Cesar. *Os sentidos do aprisionamento na contemporaneidade: um estudo de caso no presídio do Serrotão em Campina Grande/PB*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal da Paraíba, 2011.

²⁴ Concluindo, na linha de outras pesquisas já desenvolvidas na área, que as alternativas ao cárcere (penas alternativas, medidas cautelares pessoais não constritivas de liberdade, monitoração eletrônica) não

2.3 SENSIBILIDADES PUNITIVAS E RESSIGNIFICAÇÃO DA RETRIBUIÇÃO

Foucault aparece em praticamente todas as abordagens, sobretudo quando elas se dedicam a pensar o histórico da prisão e as razões de ela ter se tornado a pena central a partir do desenvolvimento do capitalismo. Entretanto, não se fala de uma prisão que volta a se expandir com o intuito de disciplinar corpos para torná-los úteis e dóceis²⁵⁻²⁶. A derradeira conclusão de Garland de que o ideal disciplinador do previdenciarismo penal teria cedido espaço ao projeto pragmático de contenção dos riscos e sujeitos perigosos, incapacitando-os simplesmente, é assumida de forma praticamente unânime. Evidente, a conclusão é irrefutável a partir do simples olhar sobre a realidade do sistema carcerário. Entretanto, abordagens sobre disciplina no interior dos presídios estão se desenvolvendo, tomando como objeto a forma de controle interno de detentos por parte dos comandos, como o realizado pelo PCC²⁷, gerando um vasta agenda de trabalhos que pode dar um outro significado ao cárcere disciplinar foucaultiano.

têm a capacidade de reduzir a população carcerária, acabando por estender a abrangência do poder punitivo.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 195.

²⁶ Nem mesmo a visão antidualista da delinquência útil, segundo a qual, mesmo falindo na função de disciplinar detentos, a prisão cumpriria o escopo de disciplinar trabalhadores não recolhidos a ela e, ao mesmo tempo, o de reforçar os instrumentos de controle sobre as classes perigosas parece atraente. Sobre o tema, Foucault ressalta: “Mas por que e como teria sido a prisão chamada a funcionar na fabricação de uma delinquência que seria de seu dever combater? A instituição de uma delinquência que constitua como que uma ilegalidade fechada apresenta com efeito um certo número de vantagens. É possível, em primeiro lugar, controla-la”. Foucault ainda apontará para outras vantagens, como a própria utilização da delinquência para auferir lucros ilícitos (tráfico de drogas ou de armas), entre outros. (Idem, p. 231-233)

²⁷ Interessantes pesquisas realizadas sobre a dinâmica interna de organização dos presídios por parte dos comandos, sobretudo o PCC, lançam novos desafios à questão das prisões. As prisões, servindo como entulhos de excedentes que não se quer mais “ressocializar” ou “reintegrar” ou “disciplinar”, serão, a despeito da ausência do Estado, administradas por alguém. Segundo Salla e Dias: “Na lógica das novas políticas penais, o ‘sucesso’ das prisões está em retirar os criminosos de circulação, em impedi-los de representar um risco para a sociedade, em mantê-los imobilizá-los e excluídos do convívio social, se possível de modo definitivo. Os objetivos de ressocialização, de preparação para o trabalho, de correção moral dos criminosos cedem terreno para as concepções de unidades de imobilização, de *supermax*, de contenção extrema”. Porém, no contexto do encarceramento em massa e da superlotação, contenção será uma questão de acordos, troca de privilégios e regalias entre Estado e o comando. (SALLA, Fernando; DIAS, Camila Nunes. Controle disciplinar e relações de poder nas prisões em São Paulo. *Anais do 35º Encontro da ANPOCS*, 2011. p. 15)

O Foucault do biopoder e da governamentabilidade, entretanto, aparece mais diretamente para pensar como a prisão representa um mecanismo não de disciplinamento do corpo, mas de rejeição dos elementos daninhos da sociedade. O biopoder tem a função de gerir as populações e preservar a vida das pessoas. Ele, ao contrário do disciplinar, não age sobre um corpo determinado, mas sobre as populações. Como descreve Foucault:

Não se trata de absolutamente ficar ligado a um corpo individual, como faz a disciplina. Não se trata, por conseguinte, em absoluto, de considerar o indivíduo no nível do detalhe, mas, pelo contrário, mediante mecanismos globais, de agir de tal maneira que se obtenham estados globais de equilíbrio, de regularidade; em resumo, de levar em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação.²⁸

Porém, esse poder de preservar a vida, por vezes, mata. Assim, se o objetivo do biopoder é manter vivos os indivíduos, o que justifica iniciativas de morte, exclusão e rejeição sobre alguns indivíduos? Para Foucault, a resposta a isso está no racismo, na concepção mais genuína de superioridade de alguns seres sobre outros. Desse modo, em nome da preservação dos bons e superiores, o racismo admite a exclusão e a rejeição dos maus e inferiores. Em uma frase, o racismo “é a condição para que se possa exercer o direito de matar”²⁹.

Instrumentalizando esses conceitos, Guilherme Dornelles Souza procurará compreender as racionalidades discursivas que estiveram envolvidas na aprovação da lei das penas restritivas de direitos. Antes de concluir que elas, simplesmente, não funcionam porque a população carcerária continuou a crescer, Souza busca entender a racionalidade punitiva que as orientava, demonstrando que, para elas, legisladores reservavam o lugar dos “delinquentes de baixa periculosidade”, ao passo que à prisão seria destinada a massa de perigosos e irrecuperáveis, para os quais não caberia uma política de preservação da

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 294.

²⁹ Idem, p. 306.

vida (simbolizada nas penas alternativas), mas a política de “deixar morrer” (simbolizada na prisão)³⁰. Ele argumenta:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como posta penal básica ao delito.³¹

Refletindo sobre as sensibilidades punitivas dos atores do sistema punitivo, o esteio do pensamento de Garland, sejam parlamentares, sejam atores do Poder Judiciário, interessante reflexão é desenvolvida por Christiane Freire e Rodrigo G. de Azevedo³². Em projeto de pesquisa que visa entender o sentido da punição nos atores do sistema punitivo, Freire e Azevedo atentam para a importância que essas representações têm na construção de um projeto punitivo. Desse modo, pelo menos duas situações apontadas por eles são centrais para entender o aumento do encarceramento: o aumento da criminalidade e da sensação de insegurança, acoassando os cidadãos e levando-os a abandonar (se é que já tiveram) qualquer complacência em torno do criminoso. Depois, as demandas criminalizadoras dos movimentos sociais ou de setores de minorias da sociedade teriam reatualizado a função da punição. Assim:

A lógica retributiva imprimida à punição, tanto pela política penitenciária como pela política penal em geral, concretiza-se, no Brasil, por meio do aumento das taxas de encarceramento, do aumento do período de punição, do recrudescimento das modalidades de execução penal e, ainda, da imposição das penalidades

³⁰ Também interpreta o poder punitivo atual a partir do conceito de biopoder o trabalho de José Jesus Filho, anteriormente citado.

³¹ SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. Discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. *Revista Polis e Psique*, 3(3), p. 172, 2013.

³² FREIRE, Christine R.; AZEVEDO, Rodrigo G. de. As representações sociais sobre o castigo - Magistrados, policiais e administradores penitenciários no RS. *Anais do 36º Encontro Anual da ANPOCS*, 2012.

extralegais, tais como os maus-tratos, a tortura, e a execução no interior das prisões.³³

Por meio desse olhar, pensam-se os porquês a partir da cultura, abrindo interessantes margens e espectros de interpretação para o problema em questão.

2.4 O CICLO VICIOSO: CRISES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E CRIAÇÃO DE NOVAS VAGAS

No início da década de 1990, alguns fatos ocorridos no interior do sistema carcerário foram definitivos para a tomada de posições políticas tendentes a criar novas vagas. Segundo Giane Silvestre³⁴, a desastrosa invasão da Casa de Detenção de São Paulo, episódio que ficou conhecido como o Massacre do Carandiru, que matou mais de 100 presos, foi um divisor de águas nas políticas penitenciárias, tanto daquele Estado quanto nacionais. A partir dali, os sucessivos governos paulistas empreenderam esforços na construção de dezenas de novas unidades prisionais, criando-se novas vagas e, com elas, novos problemas e novas crises que ensejaram, por sua vez, novas vagas.

Sem deixar de lado referências a abordagens sobre sensibilidades punitivas dos atores do sistema de justiça criminal, sobretudo a partir da contribuição de Garland, bem como do movimento global de encarcerar os “consumidores falhos”, alguns trabalhos olharam de forma mais atenta para dinâmicas governamentais que culminam na criação de vagas no sistema penitenciário.

Assim, tal como o trabalho de Giane Silvestre, outros observaram o *boom* do sistema carcerário como uma escolha das administrações estaduais e federais, pressionadas pela ocorrência de fatos de forte clamor público tais como rebeliões, mortes de detentos ou funcionários e superlotação³⁵.

Marcus Vinicius Gonçalves da Cruz, Letícia Godinho de Souza e Eduardo Cerqueira Batitucci, no trabalho intitulado “Trajetória recente da política

³³ Idem, p. 32.

³⁴ SILVESTRE, Giane. Da ressocialização à punição: o percurso das políticas penitenciárias em São Paulo a partir do estudo de caso de Itirapina. *Anais do 35º Encontro da ANPOCS*, 2011.

³⁵ Aliás, o negócio prisional pode representar uma alternativa à geração de empregos, além de constituir um mercado. Giane Silvestre demonstra que, na década de 1990, foram eliminados, em São Paulo, cerca de 2,4 milhões de empregos. No mesmo período, a construção e a interiorização das unidades prisionais gerou cerca de 18 mil empregos. Ademais, os municípios que recebiam essas unidades. Segundo a autora, a propaganda governamental sobre essas obras as associava à criação de postos de trabalho, bem como ao desenvolvimento das cidades que as recebiam.

penitenciária: análise de Minas Gerais e São Paulo”, analisam o desenvolvimento do sistema penitenciário em São Paulo e em Minas Gerais. Observam, em ambas regiões, um crescimento massivo da população carcerária, que, em grande medida, está, em níveis locais, ligado a estratégias dos governos para conter as crises do sistema.

Se, de um lado, há um notável esforço para a expansão física do sistema penitenciário, que passa de 14 unidades, em 1983, para 21 em 1987, chegando a 37 unidades em 1990, um formidável salto na base física do sistema, a fim de evitar novas rebeliões por superlotação e desgastar a imagem política dos governos, por outro lado, havia um processo de violação de direitos humanos e empoderamento do aparato de segurança pública paulista, que coincidia no plano geral com a deterioração dos fundamentos da economia nacional com um forte processo inflacionário e crise da dívida pública, com um aumento consistente nas taxas de criminalidade e violência, não obstante o aumento vertiginoso da população encarcerada.³⁶

Formando verdadeiramente um ciclo vicioso, rebeliões, superlotação e perda da gestão interna nas unidades penitenciárias são remediadas com criação de novas vagas – em um cenário, diga-se de passagem, de recessão econômica e pauperização –, expandindo-se não apenas o sistema carcerário, mas os problemas que ele representa, já que as crises são incessantes.

Em Minas Gerais, com a construção e a ampliação de presídios e penitenciárias, as vagas saltaram de 5.381, em 2003, para 34.201 até dezembro de 2010, em um total de 142 unidades. Os autores avaliam, ainda, que, em ambos Estados, teria havido uma redução das taxas de crimes violentos concomitante ao aumento das de encarceramento, o que fez com que os governos justificassem a utilização massiva da prisão.

A tese de Rodolfo Barros, intitulada “A reinvenção da prisão: a expansão prisional no Estado de São Paulo e as consequências do encarceramento massivo

³⁶ CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves da; SOUZA, Letícia Godinho de; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Trajetória recente da política penitenciária: análise de Minas Gerais e São Paulo. *Anais do 35º Encontro Anual da ANPOCS*, 2011. p. 13.

(1985-2010)”, objetiva compreender qual é o sentido contemporâneo da prisão, tendo em vista o abandono do projeto ressocializador e disciplinar a partir da década de 1970. O autor debruça-se sobre a realidade do Estado de São Paulo, investigando o desenvolvimento das políticas penitenciárias das últimas décadas do século XX, procurando compreender suas racionalidades, objetivos e instrumentos.

Conclui que, ao lado dos grandes modelos explicativos para o grande encarceramento (os de Wacquant, Garland e o modelo do Complexo Industrial Carcerário³⁷), há uma tendência, percebida, na prática, em São Paulo, de se expandir a prisão a partir de suas crises. Logo, rebeliões críticas, informações sobre a expansão do comando e superlotação são resolvidas com novas vagas, dinâmica que deve ser considerada ao lado de tendências macroestruturais. O processo de endurecimento penal (visto a partir da produção de leis criminalizantes e com penas mais rigorosas), os fracassos das políticas penitenciárias (sobretudo a incapacidade de restabelecer os padrões mínimos do encarceramento e controle sobre a massa carcerária e das ações dos agentes institucionais), e o surgimento de novos problemas (como as rebeliões e os grupos organizados no interior dos presídios) têm ilustrado a crescente atenção dedicada à temática. Neste cenário, portanto, investigamos de que maneira esses acontecimentos favoreceram a expansão prisional ocorrida no Estado paulista.

O autor demonstra, ainda, um crescimento percentual nos gastos com o sistema carcerário maior que aqueles realizados na área de educação, flertando com a tese wacquiana, mas ressalta que, na década de 2000, a tônica do DEPEN e do Governo Federal era o de destinar gastos à construção de novas unidades prisionais. Como destacou:

O Governo Federal também exerce influência na construção das novas unidades prisionais dos Estados, não só pelos recursos que distribui, mas até mesmo do ponto de diretrizes valorativas que estimulam os Estados a ampliarem seus sistemas prisionais. Por meio de uma política pública (declarada nas próprias diretrizes expressas nos Planos Nacionais de Direitos

³⁷ A abordagem do Prison Industrial Complex (Complexo Industrial Carcerário) volta-se às análises materialistas para entender a prisão no contexto do capitalismo moderno. Funcionando como mecanismo de controle e como objeto de lucro para alguns grupos políticos e econômicos. Neste sentido, ver: DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories press, 2003.

Humanos I, II, III), a intenção de auxiliar os estados-membros a reformarem e a modernizarem seus sistemas prisionais.³⁸

Desse modo, dinâmicas micropolíticas de resposta rápida às crises do sistema carcerário aliadas à disposição de verbas para a construção de unidades também respondem pelo grande encarceramento no Brasil.

CONCLUSÃO

Há alguns anos, em seminário realizado no Rio de Janeiro, cujo tema era “O grande encarceramento”, Lola Aniyar de Castro afirmou:

Desde o funcionamento mais arcaico à fenomenologia e ao interacionismo, passando pelo marxismo e terminando – ou tentando terminar – no abolicionismo, com seu discurso humanista, moralista, antropológico (Mathiesen, Christie e Hulsman), tudo já foi dito, desde a função da retenção de mão-de-obra excedente para manter salários baixos (Rusche e Kirchheimer e de certo modo Pavarini) até a sua capacidade de estereotipar o mal e de criar bodes expiatórios dos males sociais (Chapman, Foucault).³⁹

Parece que, de fato, dissemos muito sobre as prisões e a sua constante permanência. Sobre sua funcionalidade na condução das massas de miseráveis, sobre sua funcionalidade na neutralização e na incapacitação de sujeitos perigosos. Há, ainda, toda uma literatura que não estavam nos padrões de busca de nosso trabalho, mas que abordam a prisão como uma mercadoria que pode se tornar rentável com os processos de privatização etc. Todas as conclusões a que chegaram os trabalhos são de enorme relevância para a criminologia e até para pensar políticas públicas de segurança. Entretanto, suscitam alguns questionamentos:

- a) como toda explicação que trabalha com a noção de totalidade, pensar a prisão a partir de funcionalidades para o sistema capitalista poderá

³⁸ BARROS, Rodolfo A. L. de. *A reinvenção da prisão: a expansão prisional no Estado de São Paulo e as consequências do encarceramento massivo (1985-2010)*. Tese de doutorado. UNESP, 2012. p. 149.

³⁹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”*. In: ABRAMOVAY, Pedro V.; BATISTA, Vera M. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 88.

atribuir aos fenômenos de retração e expansão do encarceramento uma coerência que talvez ele não tenha?

- b) o encarceramento vem sendo crescente no Brasil desde a década de 1980. Desde lá, passamos por momentos diversos em termos de taxas de desemprego e/ou níveis de miséria. Até que ponto as explicações como a de Wacquant são pertinentes para falar de nossa realidade?
- c) a prisão é apenas uma das formas de punição no Brasil, cuja sociedade conhece, sociologicamente, medidas punitivas ainda mais extremas e graves, como as mortes sumárias, as torturas, os desaparecimentos. Neste cenário, a quem é reservado o sistema carcerário?
- d) O sentido da pena como retribuição é satisfeito em outras modalidades punitivas, tais como as restritivas de direitos? Afinal, o que espera a sociedade brasileira em termos de punição?
- e) Que sentido tem a pena de prisão para operadores do Sistema de Justiça Criminal? Como operar com eles para modificar essas crenças e superar uma certa “cultura da prisão”?
- f) Por que alternativas ao cárcere como as penas restritivas de direitos ou, no caso das prisões preventivas, as medidas cautelares alternativas não são capazes de impactar a população carcerária reduzindo-a? O caminho de investigação levando em consideração as racionalidades punitivas que orientam essas reformas não seria frutífero?
- g) Pensando uma criminologia de forma ampla, fugindo do estudo apenas das agências de controle formal, em que medida as religiões são instituições relevantes na formação de uma cultura retribucionista, já que a maioria delas opera com fatores como culpa, pecado, erro moral?

Ao que se observa, mais do que respostas, parecemos ter perguntas a fazer a respeito do fenômeno do grande encarceramento. Há algo, entretanto, que parece claro em todos esses trabalhos: a aposta no aprisionamento não reduz a criminalidade, impõe aumento de gastos para o Estado, fortalece o surgimento de poderes intramuros que afasta cada vez mais o Estado de qualquer controle sobre a execução das penas de prisão e, por fim, é certamente um espaço de violação de direitos incapaz de exercer qualquer papel reintegrador.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia Izumino. A justiça no tempo, o tempo da justiça. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, nov. 2007. p. 131-155.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro V.; BATISTA, Vera M. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ARAÚJO JR., Isac. A contemporaneidade da prisão e do sistema punitivo: sistema pós-correcional no capitalismo de barbárie. *Passagens*, v. 3(1), p. 33-61, 2011.
- BARROS, Rodolfo A. L. de. A reinvenção da prisão: a expansão prisional no Estado de São Paulo e as consequências do encarceramento massivo (1985-2010). Tese de doutorado. UNESP, 2012.
- BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição*. Brasília: Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito, n. 1, 2009.
- BONDEZAN, Silvio José. Penitenciárias no Paraná: contribuição aos estudos sobre sociologia da punição e políticas públicas de segurança. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Maringá, 2011.
- CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves da; SOUZA, Letícia Godinho de; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Trajetória recente da política penitenciária: análise de Minas Gerais e São Paulo. *Anais do 35º Encontro Anual da ANPOCS*, 2011.
- DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories press, 2003.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FREIRE, Christine R.; AZEVEDO, Rodrigo G. de. As representações sociais sobre o castigo - Magistrados, policiais e administradores penitenciários no RS. *Anais do 36º Encontro Anual da ANPOCS*, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- . *Vigiar e punir*. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- JESUS, Maria Gorete Marques de; HILDEBRANDO, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. *Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. [recurso eletrônico], 2014.

JESUS FILHO, José de. Vigilância eletrônica, gestão de riscos e política criminal. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2012.

LEMOS, Clecio Jose Morandi de Assis. Política criminal no Brasil neoliberal. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.

MASSARO, Camila. Desemprego, repressão e criminalização social no Brasil: violência e encarceramento em massa. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 119, abr. 2011.

MIRANDA, Roberta Espindola. O estado de exceção cotidiano e a cultura do controle do crime. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

MONTEIRO, Felipe M.; CARDOSO, Gabriela R. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária. Um debate oportuno. *Civitas Porto Alegre*, v. 13, n. 1, p. 93-117, jan./abr. 2013.

RAMOS, Luciana de Souza. Por amor ou pela dor! Um olhar feminista sobre encarceramento de mulheres por tráfico de drogas. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2012.

RIZZARDI, Paulo Renato Ardenghi. O poder de punir o outro e o sentido do castigo provisório: atuações, textos e discursos em câmaras criminais do TJRS. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-Rio Grande do Sul, 2012.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 8, n. 16, p. 274-307, jul./dez. 2006.

_____; DIAS, Camila Nunes. Controle disciplinar e relações de poder nas prisões em São Paulo. *Anais do 35º Encontro da ANPOCS*, 2011.

SEGUNDO, Breno Wanderley Cesar. Os sentidos do aprisionamento na contemporaneidade: um estudo de caso no presídio do Serrotão em Campina Grande/PB. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal da Paraíba, 2011.

SILVA, Carlos Eduardo Cunha Martins. A difusão do medo e a banalização das prisões provisórias: quando a exceção torna-se a regra do jogo. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio de Janeiro, 2012.

SILVA, Marco Aurelio Souza da. *O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica: a construção do traficante nas decisões judiciais em Santa Catarina*.

Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

SILVESTRE, Giane. Da ressocialização à punição: o percurso das políticas penitenciárias em São Paulo a partir do estudo de caso de Itirapina. *Anais do 35º Encontro da ANPOCS*, 2011.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. Discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. *Revista Polis e Psique*, 3(3), p. 165-188, 2013.

Submissão em: 03.08.2016

Avaliado em: 21.11.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 04.06.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 26.06.2018

O DIREITO DE PASSE LIVRE AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E CARENTES NO TRANSPORTE AÉREO, E O FENÔMENO DA EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE RIGHT OF FREE PASS TO THE PHYSICALLY DISABLED IN AIR TRANSPORT AND THE PHENOMENON OF THE EXCLUSION OF BENEFIT COMPATIBLE WITH THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

“Não é ao lado do que anda de má-fé que se deve colocar o direito; sua função é proteger a atividade humana orientada pela moral, ou, pelo menos, a ela não oposta.” (CLÓVIS BEVILÁQUA)

Fernando Natal Batista¹

Mestre em Direito Constitucional – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP, Brasília/DF, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional.

RESUMO: O direito fundamental à acessibilidade, enquanto desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988) tem sido objeto de discussão sociopolítica, devido a

uma série de inovações legislativas cuja implementação não se tem mostrado, em alguns casos, realisticamente efetiva. O presente artigo pretende fazer um breve estudo sobre o direito fundamental à acessibilidade, sua evolução histórica e sua previsão normativa constitucional e infraconstitucional, com recorte pontual à inefetividade da Lei nº 8.899/1994, que

¹ Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Autor do livro *A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimação do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional* (2018). E-mail: fernando.batista@stj.jus.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/1792114724870830>>.

dispõe sobre o transporte interestadual gratuito de pessoas portadoras de deficiência e comprovadamente carentes, quanto à concessão do passe livre no transporte aéreo. O trabalho ora apresentado busca evidenciar que a omissão regulatória do Poder Executivo, ao não estender a *benesse* em comento às concessionárias do transporte aéreo, mesmo em época de crise econômica e, sobretudo, após a promulgação do Decreto Legislativo nº 186/2008 e do Decreto nº 6.949/2009, configura o fenômeno da exclusão de benefício compatível com o princípio da igualdade, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário, no exercício do *judicial review*, suplantando esta forma de inconstitucionalidade normativa.

ABSTRACT: *The fundamental right to accessibility, as an extension of the principle of the dignity of the human person (article 1, item III, of the Federal Constitution), has recently been subject to sociopolitical discussion due to a series of legislative innovations whose implementation has not been shown to be realistically effective in some cases. The present article intends to make a brief study on the fundamental right to accessibility and, in particular, the inefficiency of Law nº 8.899/1994, which provides for free interstate transportation of persons with disabilities and free pass in air transport. This text seeks to show the regulatory omission of the Executive Branch, by not extending the benesse in comment to the concessionaires of air transport, even in times of economic crisis and, especially, after the enactment of Legislative Decree nº 186/2008 and Decree nº 6.949/2009, which constitutes the phenomenon of exclusion of benefit compatible with the principle of equality, and therefore, it is incumbent upon the Judiciary, in the exercise of judicial review, to supersede this form of normative unconstitutionality.*

PALAVRAS-CHAVE: princípio da dignidade da pessoa humana; direito fundamental à acessibilidade; passe livre no transporte aéreo interestadual; inconstitucionalidade por omissão; exclusão de benefício compatível com o princípio da igualdade.

KEYWORDS: *principle of the dignity of the human person; fundamental right to accessibility; free pass in interstate air transport; unconstitutionality by omission; exclusion compatible with the principle of equality.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve histórico sobre as legislações protetivas das pessoas com deficiência; 2 Considerações constitucionais, legais e jurisprudenciais, no âmbito das Cortes Superiores, sobre o passe livre para os portadores de deficiência carentes no transporte aéreo; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Brief normative history of protection for the physically disabled; 2 Constitutional, legal and jurisprudential considerations, within the scope of the Superior Courts, on the free pass for the physically disabled in air transport; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à acessibilidade, enquanto desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 - CF/1988) tem sido objeto de discussão sociopolítica, devido a uma série de inovações legislativas cuja implementação, quase 70 anos após a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se tem mostrado, em alguns casos (como especificamente o caso ora abordado), realisticamente efetiva.

O presente artigo acadêmico pretende, como objeto de pesquisa, fazer um breve estudo sobre o direito fundamental à acessibilidade dos portadores de deficiência, com recorte pontual à inefetividade da Lei nº 8.899/1994, que dispõe sobre o transporte interestadual gratuito de pessoas portadoras de deficiência e comprovadamente carentes, quanto à concessão do passe livre no transporte aéreo.

Como objetivo, busca-se evidenciar que a omissão regulatória do Poder Executivo, ao não estender a *benesse* em comento às concessionárias do transporte aéreo, mesmo em época de crise econômica e, sobretudo, após a promulgação do Decreto Legislativo nº 186/2008 e do Decreto nº 6.949/2009, configura o fenômeno da exclusão de benefício compatível com o princípio da igualdade, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário, no exercício do *judicial review*, suplantar esta forma de inconstitucionalidade normativa.

Como categorias teóricas operacionais, são abordados na evolução dissertativa do trabalho: o contexto normativo de proteção aos deficientes no plano internacional e nacional; a omissão do poder público na efetivação igualitária do benefício do passe livre no transporte coletivo; a contribuição do cenário de crise econômica para a permanência da inércia prestacional; e a necessidade de ativismo judiciário (ou protagonismo) para sua implementação por meio da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

A composição da problemática deste texto, por sua vez, pode ser sintetizada na seguinte indagação: “o Poder Executivo, quando editou a Lei nº 8.899/1994, concedendo passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual, pretendeu excluir a modalidade aérea ou estamos diante de uma inconstitucionalidade por omissão a ser sanada por meio da interferência da jurisdição constitucional?”.

Por fim, emprega-se, na elaboração deste artigo, como metodologia, a pesquisa jurídica epistemológica, sob a perspectiva crítico-normativa, ou seja, utiliza-se da fundamentação racional e jurídico-normativa dos referenciais teóricos contidos na anteriormente delineada hipótese-problema, mediante o suporte de conceitos doutrinários e, ainda, da jurisprudência – restrita, entretanto, aos casos emblemáticos dos Tribunais Superiores (STF e STJ) sobre o tema.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE AS LEGISLAÇÕES PROTETIVAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Com a promulgação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas – ONU, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser uma obrigação a ser cumprida pelos países signatários. Posteriormente, seguindo uma tendência evolutiva, em 1975, foi assinada a Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente² (Resolução ONU nº 2.542/1975) almejando a integração social dos portadores de necessidades especiais, comprometendo as nações aderentes a fornecerem proteção legal³ e implantarem políticas públicas estatais de inserção, com dignidade, das pessoas portadoras de deficiência aos diversos setores participativos da sociedade.

Nos termos da resolução⁴ aprovada pela Assembleia Geral da ONU, considera-se como destinatário de normas protetivas toda pessoa “incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”, uma vez que as desvantagens física, mental, intelectual ou sensorial limitam as capacidades de seus portadores para a interação e execução das atividades cotidianas, refletindo a sua dificuldade de efetiva participação na vida da sociedade.

² Direito Internacional. Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1975. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018.

³ “As pessoas portadoras de deficiência têm direito à proteção contra qualquer forma de exposição e de tratamento discriminatório, abusivo ou degradante.” (Res. ONU 2.542/1975, § 10).

⁴ Resolução ONU nº 2.542/1975.

Na ordem constitucional brasileira, a preocupação normativa somente surgiu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 12/1978⁵, ao assegurar, ao menos formalmente, às pessoas com deficiência o direito a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: educação gratuita, assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País (mediante a proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão no serviço público) e, ainda, a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Contudo, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 a proteção jurídica dos portadores de deficiência passou a ser, de fato, uma das políticas públicas do Estado Social, tendo o ordenamento constitucional vigente expressamente assegurado à pessoa portadora de deficiência proteção no mercado de trabalho, reserva de vagas em concursos públicos, assistência social, educação, dignidade humana e cidadania.

Posteriormente, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 30 de março de 2007, foi incorporada à legislação brasileira pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelo Decreto nº 6.949/2009, com *status* de direitos constitucionais (art. 5º, § 3º, da CF/1988).

Lembrando, ainda, que as garantias fundamentais, nesta nova ordem humanitária mundial, refletem posições jurídicas que, por seu conteúdo e importância, foram integradas às Constituições Nacionais e equiparadas, ao menos no nosso ordenamento vigente, às cláusulas pétreas⁶ (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF/1988).

Assim, a partir do novel texto constitucional brasileiro, observou-se o fomento de produção legislativa no sentido de se buscar a efetividade dos direitos fundamentais de acessibilidade da pessoa portadora de deficiência, podendo-se

⁵ Brasil, Presidência da República. Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

⁶ Conforme Gilmar Mendes: “O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 251).

citar, entre outros regulamentos: a Lei nº 7.853/1989⁷, a Lei nº 10.048/2000⁸, a Lei nº 10.098/2000⁹, o Decreto nº 5.296/2004 e a Lei nº 13.146/2015¹⁰.

Percebe-se, portanto, que, nas últimas décadas, tanto o ordenamento jurídico internacional quanto o nacional buscam a igualdade de oportunidades e a possibilidade de humanização das relações sociais, constituindo-se uma das inegáveis tendências da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional pátrio vigente, o qual, alinhando às declarações mundiais de direitos fundamentais, determina a adoção de políticas públicas nacionais que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais de seus portadores, fomentando a mudança de valores éticos de nossa sociedade.

2 CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS, NO ÂMBITO DAS CORTES SUPERIORES, SOBRE O PASSE LIVRE PARA OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA CARENTES NO TRANSPORTE AÉREO

A Lei nº 8.899 foi publicada em 29 de junho de 1994, no governo do Presidente da República Itamar Franco, concedendo passe livre no sistema de transporte coletivo (*lato sensu*) interestadual às pessoas portadoras de deficiência, *in verbis*:

Art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

⁷ Brasil, Lei nº 7.853/1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

⁸ Brasil, Lei nº 10.048/2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/398829.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

⁹ Brasil, Lei nº 10.098/2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10098.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

¹⁰ Brasil, Lei nº 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de noventa dias a contar de sua publicação.

Todavia, somente em 19 de dezembro de 2000, ou seja, mais de seis anos de sua promulgação, o Poder Executivo, por intermédio do Decreto nº 3.691/2000, regulamentou a concessão do passe livre nos seguintes termos:

Art. 1º As empresas permissionárias e autorizadas de transporte interestadual de passageiros reservarão dois assentos de cada veículo, destinado a serviço convencional, para ocupação das pessoas beneficiadas pelo art. 1º da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, observado o que dispõem as Leis nºs 7.853, de 24 de outubro de 1989; 8.742, de 7 de dezembro de 1993; 10.048, de 8 de novembro de 2000, e os Decretos nºs 1.744, de 8 de dezembro de 1995; e 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

Em 15 de abril de 2002, foi distribuída perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 2.649/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia), ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros (ABRATI).

O argumento central desenvolvido pela requerente foi de fundo econômico, tendo expressamente defendido que¹¹:

[...] ao não indicar a fonte de recursos por conta da qual correria tal despesa, o Poder Público deixa-a a cargo da empresa de transporte, promovendo-se, assim, “investida confiscatória” no domínio privado, em flagrante violação aos princípios da ordem econômica, consubstanciados no art. 170; à livre iniciativa, fundamento da República, na forma do art. 1º, IV; e, ainda, ao direito à propriedade, inscrito no art. 5º, XXII, todos da Constituição do Brasil.

Logo, o ente associativo sustentava que o Poder Executivo, ao instituir o passe livre, não indicou fonte correspondente de custeio, o que considerou um

¹¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649/DF, Relª Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgado em 5 maio 2016, publicado no DJe de 17 out. 2008.

verdadeiro confisco por parte do Estado Social no domínio privado e, ainda, menosprezou o princípio da livre iniciativa, em desrespeito à Constituição Federal.

A relatora da ação de controle concentrado de constitucionalidade, a Ministra Cármen Lúcia¹², afirmou que o art. 170, *caput*, da Constituição, dispõe ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa para o fim de assegurar a todos a *existência digna* e considerou, também, não se tratar de criação de um benefício sem fonte de custeio, pois o art. 195, § 5º, da CF/1988 refere-se a benefícios com ônus direto a ser suportado pelos cofres públicos.

Vale destacar, a propósito, os seguintes fundamentos apresentados no voto condutor da ADIn 2.64/DF:

Na linha dos princípios fundamentais da República, a Constituição acolheu como verdadeira situação – a ser modificada pela implantação de uma ordem jurídica possibilitadora da recriação da organização social – a discriminação contra os deficientes, a par sua inegável dificuldade para superar, na vida em sociedade, os seus limites.

[...]

O que se contém na Lei nº 8.899/1994 não é senão o cuidado com uma espécie diferenciada de usuários do serviço concedido ou permitido de transporte coletivo,

¹² Conforme se extrai da leitura do Informativo de Jurisprudência: “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI contra a Lei Nacional nº 8.899/1994, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. Mencionando o contexto social e constitucional vigentes, destacou-se, inicialmente, a existência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado pelo Brasil, na sede da ONU, em 30.03.2007, e em tramitação no Congresso Nacional, e os valores que norteiam a Constituição, contidos no seu preâmbulo. Asseverou-se que, na esteira desses valores, é que se afirmaria, nas normas constitucionais, o princípio da solidariedade, projetado no art. 3º. Ressaltou-se que, na linha dos princípios fundamentais da República, a Constituição teria acolhido como verdadeira situação, a ser alterada pela implementação de uma ordem jurídica que recriasse a organização social, a discriminação contra os deficientes, tendo em conta sua inegável dificuldade para superar, na vida em sociedade, os seus limites” (Brasil, Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 505/STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo505.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2018).

a saber, a de portadores de necessidades especiais. O serviço público haverá de considerar esta especial condição para, então, distinguindo-a possibilitar a sua igualação aos demais membros da comunidade que também fazem uso deste serviço.

Observa-se da leitura do texto normativo da Lei nº 8.899/1994 que restou expressamente assegurado o transporte gratuito para as pessoas portadoras de deficiência e comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual, não havendo, por sua abrangência estrita e teleológica, motivos que justifiquem concretamente a exclusão do transporte aéreo do seu propósito, razão pela qual a portaria interministerial não poderia ter excluído a modalidade aérea da regulamentação legal, pois, repise-se, inexistente tal limitação no texto do art. 1º da referida lei.

Após os debates, a Lei Federal nº 8.899/1994 foi declarada, por maioria, constitucional¹³ pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio de Mello.

¹³ Transcreve-se a ementa do julgado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS (ABRATI) - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA - ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XXII; E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA) - IMPROCEDÊNCIA - 1. A autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.09.2005. 2. Pertinência temática entre as finalidades da autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. 3. Em 30.03.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei nº 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente” (Brasil, Supremo Tribunal

Seguindo a regulamentação deste direito assistencial, os Ministros de Estado dos Transportes, da Justiça e da Saúde editaram, em conjunto, a Portaria Interministerial nº 3¹⁴, publicada em 11 de abril de 2001, limitando a concessão de passe livre às pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes ao sistema coletivo interestadual rodoviário, ferroviário e aquaviário, excluindo, sem qualquer justificativa, o transporte aéreo.

Ora, analisando-se até o presente momento as fontes normativas indicadas, não se pode afirmar que a expressão passe livre se refira tão somente às empresas de transporte terrestre e fluvial.

Com efeito, a lei em comento não fez essa distinção, ao contrário, almejou, à luz das declarações de direitos universais, assegurar às pessoas portadoras de deficiência a vida digna e igualitária em sociedade, não podendo se olvidar, quanto a este aspecto, que, muitas das vezes, o transporte aéreo gratuito e assistencial para tratamentos médicos, sobretudo, será imprescindível ao portador de necessidades especiais e carentes economicamente, em decorrência de seu limitado estado de saúde e urgência.

O escopo da Lei nº 8.899/1994, ao assegurar aos deficientes carentes tratamento especial compensatório, é textualmente claro, não existindo lacuna a ser preenchida, pois o titular do Poder Executivo, quando de seu regramento, não afastou o transporte aéreo, não cabendo, portanto, aos gestores da Administração Pública direta da União, em sua atividade regulamentar, fazê-lo.

Igualmente, a interpretação da expressão legal “sistema de transporte coletivo interestadual”, contida no decreto presidencial, quando o seu próprio titular não restringiu a concessão do benefício à modalidade aérea, conduz certamente à impossibilidade hermenêutica de se excluir, por meio de portaria regulamentar, como foi feito, a inaplicabilidade do passe livre às pessoas deficientes no transporte aéreo.

Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649/DF, Rel^a Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgado em 5 maio 2016, publicado no DJe de 17 out. 2008).

¹⁴ “Art. 1º Disciplinar a concessão do Passe Livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual, nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário.” (Brasil, Portaria Interministerial nº 3, de 10 de abril de 2011. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsites/upload/42/File/Portaria%20Interministerial_003-2001.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018)

Pode-se afirmar que, juridicamente, o art. 1º da Lei nº 8.899/1994 não fez ressalva quanto às viagens interestaduais via aérea, de modo que a melhor interpretação desta norma deve conter um caráter extensivo.

Vale destacar, também, que a concessão aos deficientes carentes do direito de viajar gratuitamente pode ter impacto no tratamento de saúde deles, pois, em um país continental como o Brasil, as longas distâncias e os preços elevados das tarifas aéreas podem ser empecilhos para o tratamento médico-hospitalar.

Tratando-se, portanto, de uma política pública cujo titular executivo é o Presidente da República, de modo que a implementação da gratuidade não se encontra no âmbito de discricionariedade do poder regulamentar exercido pelos Ministérios, uma vez que a normatização específica da Lei nº 8.899/1994 restou diretamente concretizada por meio de decretos presidenciais, que revelam, em princípio, o alcance conferido pela presidência da República às disposições constantes naqueles diplomas legais.

A vontade originária da lei deve ser, por conseguinte, respeitada pela Administração Pública.

Em reforço aos argumentos anteriormente alinhavados, destaca-se que outros regramentos, ao tratarem de matérias correlatas à acessibilidade dos portadores de deficiência e, também, ao se relacionarem, podem contribuir com a aferição semântica da vontade do legislador e, assim, esclarecer qual a melhor forma de aplicação deste bloco normativo de direitos fundamentais.

Neste diapasão, podemos, à guisa de exemplificação, fazer expressa referência à Lei nº 10.048/2000, cujo regulamento atual, Decreto nº 5.296/2004, ao tratar da acessibilidade adequada ao transporte coletivo por portadores de deficiência, *incluiu o transporte aéreo* (!).

Com efeito, o Decreto nº 5.296/2004, editado pelo executivo federal, utiliza a expressão “transporte coletivo”, agregando ao seu conceito a modalidade terrestre, aquaviária e aérea¹⁵. Logo, é possível se depreender da interpretação

¹⁵ “Art. 31. Para os fins de acessibilidade aos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, considera-se como integrantes desses serviços os veículos, terminais, estações, pontos de parada, vias principais, acessos e operação.” (Brasil, Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica; e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018)

sistêmica das normas protetivas contidas no ordenamento jurídico vigente, que regem em sua amplitude a matéria em comento, que o tratamento mais adequado enfeixa o sentido amplo da palavra transporte coletivo, cujos modais incluem o aéreo, o terrestre e o aquaviário.

Assim, diante de regra geral mais benéfica, não cabe impor limitações não previstas pelo poder legislador originário. Ou seja: deve-se cumprir a lei aquisitiva sem impor condições ou restrições por ela não previstas.

Saliente-se, ainda, que os direitos fundamentais exigem dos Estados Democráticos de Direito o modo mais eficiente para garanti-los e, quiçá, o mais importante, para impedir que, apesar das solenes declarações protetivas firmadas pelos ordenamentos internacionais e nacionais, sejam continuamente violados.

Neste sentido, vale destacar o emblemático pensamento de Norberto Bobbio¹⁶ de que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”¹⁷, assim, como reforça José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸, os direitos prestacionais devem ser concretizados por instrumentos processuais, canalizados, por exemplo, por meio das ações civis públicas ou por mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, para que o Poder Judiciário possa, de forma legítima, implementar, na omissão executiva, as políticas públicas, mormente os direitos fundamentais.

E, em termos de direitos constitucionais, não cabe ao administrador (e até mesmo ao intérprete) restringir seu alcance quando a lei e a Constituição não o fizeram. Entender de outra forma implica violação ao princípio hermenêutico da *máxima efetividade das normas constitucionais*, porquanto a indispensável otimização da eficácia do direito à segurança jurídica, reclama que se dê a maior proteção possível à mesma garantia fundamental.

¹⁶ “Nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles fossem reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, pouco é feito para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 117)

¹⁷ *Idem*, p. 25.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 199.

Cite-se, a propósito, sobre a temática, a pertinente lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹:

Por via de consequência, o artigo 5º, § 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança. Portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento, concretização e proteção eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) os órgãos estatais não podem - em qualquer hipótese - suprimir pura e simplesmente direitos sociais ou, o que praticamente significa o mesmo, restringir os direitos sociais de modo a invadir o seu núcleo essencial ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade e de outros princípios constitucionais.

Reforça-se que a matéria presentemente discutida envolve a aplicação de direitos fundamentais constitucionais, razão pela qual a interpretação da Lei nº 8.899/1994 deve seguir princípios hermenêutico-concretizadores, buscando, indubitavelmente, a máxima eficiência deste benefício prestacional.

Caso contrário, estaríamos (e estamos!) diante de um exemplo clássico a ser resolvido por meio, em último e extremo caso, pela técnica de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, ou seja, a norma é inconstitucional na medida em que exclui de um segmento o benefício a ser

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Princípio de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 433.

dado a um determinado grupo de pessoas, o que, em virtude do princípio da igualdade, deveria ser também a ele aplicado²⁰.

Há, com efeito, na situação normativa ora analisada, uma injusta e imotivada supressão de um benefício em razão de sua não extensão a um dos outros ramos de transporte coletivo.

Neste sentido, trago à colação a lição de Gilmar Mendes²¹:

Tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios a determinado grupo; e explícita, se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos.

Não é possível olvidar, contudo, conforme demonstra o primoroso estudo realizado pela Consultoria Jurídica da Câmara dos Deputados²², que “a concessão de gratuidades deverá impactar o número de viagens realizadas, seja pelo aumento dos deslocamentos, seja pelo acréscimo de usuários, gerando fortes pressões orçamentárias”²³ e, por conseguinte, “em cenário de estagnação da oferta, pode-se esperar a queda da qualidade dos serviços, os quais já se encontram severamente atingidos por esse grave problema”²⁴.

²⁰ “Embora exista, nesse caso, uma lei que poderia ser declarada nula, abstém-se o Tribunal de proferir a nulidade sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude, seja porque o legislador foi omissivo em proceder à complementação do complexo normativo, seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 314)

²¹ *Idem*, p. 310.

²² Brasil, O desafio da mobilidade urbana, Câmara dos Deputados, Centro de Estudos e Debates Estratégicos, Consultoria Legislativa, Relator Ronaldo Benedet, Consultores Legislativos Antônia Maria de Fátima Oliveira (Coord.) [et al.]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. p. 140.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

De fato, como rememora Paulo Gustavo Gonet Branco, “os direitos prestacionais notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica”²⁵, além, é claro, de dependerem de desenvolvimento legislativo para surtirem plenos efeitos.

Há, assim, o entendimento, nos poderes constituídos, de que a questão da precificação ou tarifação não poderá ser considerada um ônus desproporcional às companhias aéreas, mormente em cenário de crise e recessão econômica, existindo, inclusive, neste sentido, julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 677.872/PR²⁶), o qual, naquela assentada, firmou o entendimento no sentido de que é necessária a existência de regulamentação específica da Lei nº 8.899/1994, com a previsão da contrapartida financeira, de responsabilidade do Estado, para se conceder a gratuidade do transporte aéreo aos portadores de deficiência carentes.

Observa-se, portanto, que os Poderes Legislativo e Judiciário reconhecem, inobstante a omissão executiva, à luz da legislação infraconstitucional, a necessidade de regulamentação adequada e voltada às peculiaridades do setor aéreo, embora a lei preveja o direito do passe livre em tela ao transporte aéreo.

Tem-se, assim, que a questão do financiamento do benefício constitui, quicá, o problema fundamental a ser enfrentado, no atual cenário de crise econômica, para a concessão de direitos prestacionais gratuitos pela União Federal.

O regime de concessão de serviços públicos às prestadoras particulares encontra-se disposto no art. 175 da Carta Magna:

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

²⁵ “Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo conjunturas financeiras, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 272)

²⁶ Brasil, Superior Tribunal Justiça, Recurso Especial nº 677.872/PR, Relª Min. Nancy Andrighi, Rel. p/o Ac. Min. Humberto Gomes de Barros, 3º Turma, Julgado em 28 jun. 2005, Publicado no DJe de 8 maio 2006.

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – a política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Já a remuneração dos serviços de concessão ou permissão está normatizada na Lei nº 9.074²⁷, de 7 de julho de 1995, a qual dispõe, em seu art. 35, que a estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Depreende-se, portanto, da leitura conjugada dos dispositivos citados, duas alternativas para superar a questão econômica comumente utilizada para obstar a concessão de gratuidade aos deficientes carentes: *a)* a primeira corresponde ao subsídio direto, via recursos públicos, porém, tal alternativa esbarra na escassez de recursos que caracteriza os orçamentos públicos atualmente em nosso País; e *b)* a segunda diz respeito ao custeio da gratuidade na tarifa dos transportes aéreos, que deverá ser subsidiado por via oblíqua pelos demais usuários pagantes, repassando, como perversamente é feito, a despesa aos consumidores.

Outra solução, contudo, quanto ao argumento do custo econômico da prestação deste direito fundamental, foi apresentada pelo Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Liminar nº 712 MC/MG²⁸ ajuizada pela empresa VRG Linhas Aéreas S/A, cujo teor, no que interessa, ora se transcreve:

²⁷ Brasil, Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

²⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 712/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgada em 21 ago. 2014, Publicada no DJe de 29 ago. 2013.

No caso em exame, a empresa-requerente, pessoa jurídica de direito privado, busca preservar a capacidade de obter e de distribuir lucros aos seus acionistas. A decisão impugnada não usurpa a competência regulatória da União para o setor aéreo, mas, bem ou mal, interpreta normas de direito positivo que o MPF entende assegurar benefícios à população carente.

Para que ficasse caracterizada a legitimidade da empresa para pleitear a suspensão de liminar, os interesses em discussão teriam que transcender o aspecto patrimonial.

Ademais, nada na narrativa da empresa-requerente sugere que a observância da decisão impugnada irá inviabilizar o transporte aéreo.

Cabia à empresa-requerente ir além de ilações ou de conjecturas, com o objetivo de demonstrar que os efeitos da decisão impugnada superam a simples redução da perspectiva dos resultados financeiros da pessoa jurídica.

Nesse sentido, observo que a decisão impugnada determina a reserva de singelos dois assentos nas aeronaves, em voos domésticos, para pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes.

Numa primeira análise, própria das contracautelas excepcionalíssimas, o hipotético transporte gratuito de até dois passageiros a cada voo não tem intensidade suficiente para retirar completamente o interesse na exploração econômica dos serviços de transporte aéreo de passageiros.

Em abono, observo que as empresas aéreas contam com uma série de desonerações não extensíveis a outras modalidades de transporte.

A incidência do ICMS é bastante restrita (ADIn 1.600, red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ de 20.06.2003),

as aeronaves não são gravadas pelo IPVA (RE 379.572, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ e de 01.02.2008) e parte significativa dos precedentes afasta a incidência do Imposto de Importação, se o contrato que instrumentaliza o uso da aeronave for de arrendamento mercantil (RE 461.968, Rel. Min. Eros Grau, Pleno).

Também é importante considerar que as empresas aéreas dispõem de outras fontes de renda, como a exploração do transporte de cargas e a cobrança adicional pelo direito do consumidor de selecionar seu assento (a reserva de assentos diminui a possibilidade da oferta onerosa desse “serviço de valor adicionado”, circunstância que reforça ainda mais o caráter puramente patrimonial do interesse jurídico da empresa requerente).

Como os elementos constantes dos autos indicam o baixo potencial do benefício para onerar a empresa-requerente, aliados à constatação de que as empresas aéreas contam com outras formas de redução de custos ou de aumento dos lucros, não há comprovação, além de dúvida razoável, de que a decisão impugnada poderia tornar insustentável a exploração dos serviços de transporte aéreo de passageiros.

Ante o exposto, indefiro o pedido para suspender a liminar (art. 38 da Lei nº 8.038/1999 e art. 21, § 1º, do RISTF).

Tem-se, assim, que as questões econômicas e as práticas do acesso ao direito podem ser moduladas na sua regulamentação, seja pelo Poder Judiciário, no exercício de seu ativismo, ou pelo Poder Executivo, no exercício de sua discricionariedade.

Logicamente, como nos adverte Paulo Gustavo Gonet Branco, “a escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico e social do País”²⁹.

²⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 272.

Ocorre, todavia, que a própria lei de regência, exercendo um autêntico juízo de ponderação e de proporcionalidade, delimitou que o benefício restringir-se-ia aos portadores de deficiência *carentes*, respeitando, assim, a reserva do possível em matéria de implementação de política pública assistencial.

Nesta medida, “há que se considerar que o retrocesso social gerado pela deliberação legislativa de reduzir o nível de prestações a cargo do Estado não pode descer a patamar inferior ao mínimo desvendado pelo princípio da dignidade da pessoa humana” (Branco, 2009, p. 275).

Por certo, a proteção e a efetivação dos direitos individuais dos deficientes necessitam de recursos para que sejam implementadas, entretanto, apesar da preocupação do legislador constituinte em assegurar o direito do indivíduo à vida digna, a carência de previsão ou dotação orçamentária não pode e não deve servir como obstáculo à realização de um direito fundamental.

A omissão do Poder Público rende ensejo à legítima intervenção do Judiciário, como, aliás, está na própria Constituição da República, constituindo a judicialização de um direito fundamental na atuação *postura proativa* da jurisdição que, por meio de balizas normativas estruturais preexistentes, legitima a sua efetivação pelo Estado-Juiz, pois, também negada a tutela jurisdicional nesta importante seara de direitos de acessibilidade, teríamos a transformação de direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas vazias.

A “judicialização da política” tem suas raízes na própria Constituição Federal de 1988, porquanto a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV), constituindo a inafastabilidade da jurisdição um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado Democrático de Direito, porquanto de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem negligenciadas ou desrespeitadas, sem que algum órgão estatal não estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância (*checks and balances*).

Ressalva-se, apenas, que, em atenção à independência dos Poderes, não cabe ao Judiciário fazer às vezes do administrador ou do legislador³⁰. Mas pode e deve, sim, determinar ajustes à atuação governamental quando não adequada

³⁰ “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168)

ao que preceitua a Constituição Federal e o normativo infraconstitucional complementar.

CONCLUSÃO

Como visto, a Portaria Interministerial nº 3/2001, ao regulamentar o direito de gratuidade dos transportes nos modais aquaviário, ferroviário e rodoviário, ficou-se omissa quanto ao transporte aéreo, embora a Lei nº 8.899/1994 não o tenha feito, o que, contudo, não o exclui do âmbito da garantia constitucional de proteção, podendo ser efetivada pela jurisdição.

O Poder Judiciário, portanto, no caso ora estudado, por meio de suas Cortes Superiores, está obrigado a interpretar o ordenamento jurídico infraconstitucional em conformidade com a Constituição da República, por intermédio de princípios de ponderação e proporcionalidade já expressamente estabelecidos na legislação de regência do passe livre aos deficientes carentes no transporte aéreo.

Tal interpretação, inobstante a contínua argumentação de crise econômica do setor aéreo, deve se dar de forma a coibir comprovada situação de exclusão de benefício incompatível com princípio da igualdade, vicissitude esta que, conforme Gilmar Mendes, poderá ser afastada pela inclusão do benefício injustificadamente excluído pelo Estado-Juiz, ou incorporada, por meio da edição de nova regra complementar, pelo Legislativo.

Neste prisma, sem a intenção de esgotar a discussão temática, espera-se, com estas breves considerações, ainda que singelas, ter contribuído com o fomento do senso crítico dos operadores do Direito sobre o tema, ansiando, em razão da provocação aqui instigada, o protagonismo do Poder Judiciário com a melhora da prestação dos direitos fundamentais profundamente almejados e resguardados pelos modernos ordenamentos constitucionais, sobejamente o brasileiro.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica; e

10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Lei nº 7.853/1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Lei nº 10.048/2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/398829.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Lei nº 10.098/2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10098.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Lei nº 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. O desafio da mobilidade urbana, Câmara dos Deputados, Centro de Estudos e Debates Estratégicos, Consultoria Legislativa, Relator Ronaldo Benedet, Consultores Legislativos Antônia Maria de Fátima Oliveira (Coord.) [et al.]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

_____. Portaria Interministerial nº 3, de 10 de abril de 2011. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/42/File/Portaria%20Interministerial_003-2001.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal Justiça, Recurso Especial nº 677.872/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator p/o Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, Julgado em 28 jun. 2005, Publicado no DJe de 8 maio 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgado em 5 maio 2016, Publicado no DJe de 17 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 505/STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo505.htm>> Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 712/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julgada em 21 ago. 2014, Publicada no DJe de 29 ago. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DIREITO Internacional. Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1975. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Princípio de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Submissão em: 15.03.2017

Avaliado em: 30.05.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 29.03.2018 (Avaliador C)

Avaliado em: 25.06.2018 (Avaliador E)

Aceito em: 05.07.2018

O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

*THE JUDICIAL ACTIVISM IN CRIMINAL LAW AND ITS LINK WITH THE
BRAZILIAN BINDING PRECEDENT DOCTRINE*

Jorge André de Carvalho Mendonça¹

Doutorando em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco
(UNICAP, Recife/PE, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito público; direito penal.

RESUMO: Este artigo apresenta a histórica controvérsia entre o direito natural e o direito positivo, mas de forma especificamente voltada para o Direito Penal, diante das suas consequências mais graves na vida das pessoas. Depois, pesquisa, embora sob o aspecto meramente teórico, sobre uma possível solução para a redução do problema nos dias de hoje. Como conclusão, não propõe um retorno ao positivismo, tampouco um fortalecimento do pós-positivismo penal. Reconhece a inevitável abertura até mesmo da lei penal, mas defende sua limitação por meio de um fechamento normativo decorrente da observância de um rígido sistema de precedentes.

ABSTRACT: *This article presents the historical controversy between natural law and positive law, but specifically focused on criminal law, because of its most serious consequences in people's lives. Then, it researches, although only theoretically, for a possible solution to reduce the problem these days. As a conclusion, it does not propose a return to positivism, nor a strengthening of a post-positivism in criminal area. It recognizes that even the statutory criminal law may not be totally clear, but defends its limitation by a normative closure resulting from the observance of a rigid system of precedents.*

PALAVRAS-CHAVE: jusnaturalismo penal; positivismo penal; ativismo judicial; criação judicial do Direito Penal; precedentes penais.

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense. Juiz Federal em Recife/PE, na 5ª Região. E-mail: jandrecm@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/4373993866526566>>.

KEYWORDS: *jusnaturalism in criminal area; positivism in criminal field; judicial activism; judicial making in criminal law; criminal precedents.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Jusnaturalismo e positivismo no Direito em geral; 2 A base política do Direito Penal; 3 O ativismo e a criação judicial do Direito Penal; 4 Por um sistema penal de precedentes; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Jusnaturalism and positivism in general law; 2 The political basis of criminal law; 3 The activism and the judicial making in criminal law; 4 In favor of a criminal system of precedents; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Talvez o principal problema que atormenta a Filosofia do Direito nos últimos séculos seja a divergência entre o direito natural e o direito positivo, ainda que cada uma dessas facetas não tenha chegado a total acordo interno, e mesmo que elas tenham variado ao longo do tempo até os dias atuais.

O problema, inerente ao Direito em geral, não deixou de ter reflexos no específico ramo do Direito Penal. Nesta área, também tem sido grande a divergência sobre a melhor daquelas duas correntes de pensamento, mas com consequências mais graves na vida das pessoas, não só diante da possibilidade de ofensa a um dos bens mais caros à sociedade – a liberdade –, mas também por ser esta a área responsável pela proteção dos bens jurídicos mais importantes.

Se, de um lado, há um sentido lato de justiça, como valor superior às normas jurídicas, de outro, há também o seu sentido estrito, que defende a prevalência de um valor jurídico-político². No entanto, a questão é: ainda que sob o ponto de vista meramente teórico, qual é a melhor dessas correntes para o Direito Penal (e Processual Penal)?

Ambas possuem suas imperfeições. Se o positivismo jurídico-penal tem várias falhas – entre elas, a incapacidade de regular toda a complexidade humana de forma objetiva e clara –, o jusnaturalismo penal gera excessiva insegurança, capaz de fortalecer um ativismo “moral” extremamente prejudicial à sociedade. A nossa hipótese, então, é de que uma possível forma de minimizar o problema seja por meio do reconhecimento da inevitável abertura normativa do sistema,

² A importância do tema é tão grande para a atividade judicial que ele foi incluído na Resolução nº 75 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 12 de maio de 2009, no seu anexo VI, *d*.

incapaz de impedir um certo ativismo, o qual, porém, deve ser limitado por um rigoroso sistema de precedentes.

1 JUSNATURALISMO E POSITIVISMO NO DIREITO EM GERAL

De forma bastante resumida, podemos dizer que, a partir do século XVI, a Filosofia do Direito era de cunho jusnaturalista, quando se acreditava no sentido de justiça fundamentado em leis da natureza humana, as quais corresponderiam ao bom senso, ao razoável, independentemente da existência de regras concretas, ou até acima delas. Contudo, mesmo tendo a “justiça” como critério de validade, esta fase correspondeu, na história, ao modelo de Estado Absolutista³, no qual a justiça era feita de acordo com os critérios pessoais e absolutos do monarca. Com efeito, o argumento da defesa do absolutismo se prendeu a um direito natural supremo, por meio do qual o rei teria a responsabilidade de efetivar a paz, mas, para isso, só encontraria limites em Deus⁴.

Posteriormente, no século XIX, como decorrência da Revolução Francesa, surgiu o positivismo. Quase todos os juízes na França pré-revolucionária eram membros da aristocracia. Com o sucesso da Revolução, o poder revolucionário preferiu simplesmente substituir os magistrados por outros que tivessem herança e simpatia menos aristocrática. Isso, porém, simplesmente não era possível, porque inexistiam juízes não aristocráticos para a tarefa, o que dava duas possibilidades: a de não ter juízes por um período ou a de manter os juízes anteriores. Como a última opção era considerada menos problemática, o próximo passo seria controlar os maus juízes (sob a perspectiva revolucionária), o que resultou no que, agora, consideraríamos formalismo. Então, os juízes aristocráticos de um regime não aristocrático foram mantidos sob firme domínio, limitados a acanhadas interpretações, comprometidos com literalidades que seriam consideradas estreitas até para os padrões do *civil law*⁵.

O positivismo defendeu que as leis deveriam ser invariáveis no tempo e no espaço, para se tornarem científicas, de maneira similar ao que acontecia na

³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 70.

⁴ MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Forense: Rio de Janeiro, 2009. p. 5.

⁵ SCHAUER, Frederick. *Legal Development and the Problem of Systemic Transition*, p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=427223>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

física, na matemática e nas demais ciências exatas. Assim, afastava-se tudo o que se baseasse em valores, inclusive no valor “justiça”, exigindo-se comprovação das afirmações⁶.

Kelsen, embora adepto de um positivismo mais amplo, o normativo, não ficando limitado ao positivismo legalista, elaborou a sua teoria pura do Direito também se afastando do direito natural e de suas regras metafísicas oriundas de autoridades sobre-humanas. Orientou-se apenas em direção ao conhecimento do Direito, desejando excluir tudo o que não pertencesse a esse exato objeto jurídico. Por isso, renomado jusfilósofo defendeu que a ciência do Direito não deveria se tornar uma ciência da natureza⁷.

Mas o positivismo também não resistiu. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a justificativa da proteção da legalidade⁸. Mas talvez o principal problema tenha sido aquele apontado por Yacobucci, para quem o seu grande erro foi desconsiderar as diferenças da natureza e da cultura, desconhecendo que o Direito não é neutro a valores. Realmente, hoje, é indiscutível a impossibilidade de aplicação do Direito sem valoração. Se sua realidade é fundamentalmente valorativa, não pode o conhecimento jurídico se afastar desses elementos, devendo deixar de se apoiar em paradigmas científicos de presumida neutralidade⁹.

⁶ No Brasil, um dos maiores adeptos do positivismo foi Tobias Barreto. Para ele, embora a metafísica tivesse um domínio próprio, do qual não poderia ser expelida, nada produzia de positivo, limitando-se a deliciar-se à discussão de problemas insolúveis. Afirmou que o espírito científico moderno tinha como princípio regulador a ideia de desenvolvimento concebida como lei, que domina seres de todas as espécies, raças, povos, estados e indivíduos. (BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 163, 164 e 181)

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: versão condensada pelo próprio autor. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52-53.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10 fev. 2017. Apesar da relação entre o positivismo e os referidos regimes, evidentemente existente, seria mesmo correto atribuir-lhe a culpa pelo ocorrido? É claro que atrocidades foram cometidas sob a justificação de se cumprir a lei, mas elas seriam evitadas apenas seguindo-se uma filosofia de “justiça”? Ou, naquele momento histórico, seria aplicada a “justiça” do ditador?

⁹ YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. p. 90.

Visando superar esses problemas, posteriormente, surgiu o sistema jurídico do constitucionalismo, equivalente a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, impostos a todas as fontes normativas pelas normas superordenadas. O conteúdo das leis, agora, deveria ser coerente com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos¹⁰.

Essa forma de pensar o Direito corresponde ao chamado constitucionalismo argumentativo ou principialista, defendido por pensadores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza. Seria a configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras¹¹.

No Brasil, em 2004, Douglas Cesar Lucas argumentou que a consagração de novos direitos e de novos atores fez com que o conflito social se transmutasse da zona política para a seara judicial, que seria um campo legítimo para responder às demandas sociais que, de agora em diante, também passariam a ser questões jurídicas. Por isso, disse ele, o Estado intervencionista reformula a atuação do Direito e dos juristas, tendendo a deixar de ser meramente vigilante para assumir uma função ativa diretiva¹².

Outra não foi a visão de Spengler, para quem novos direitos produziram novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional, fazendo com que as demandas sociais se tornassem jurídicas, consagrando novos direitos. Seria algo equivalente ao papel de legislador atribuído ao Judiciário, por meio de um processo que, atualmente, é chamado de judicialização da política, fazendo parte, para outros, de um ativismo judicial, cuja causa é a expansão do poder judicial tanto em países centrais quanto em periféricos. Diante das falhas estatais, a esperança se volta para a Justiça, na qual se passa a buscar a consagração política. Enquanto, na concepção clássica, o juiz é sujeito da lei e só exerce seu direito de julgar por meio dela, ele tende,

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 1/65, primeira parte.

¹¹ Idem, p. 4 e 6/65, primeira parte. Fugiria ao âmbito do nosso trabalho abordar o pensamento específico de cada desses renomados autores, razão pela qual, apenas para situar a posição, fizemos nossas as resumidas palavras de Ferrajoli.

¹² LUCAS, Douglas César. A jurisdição entre crises e desafios, p. 13 e 19. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/721/443>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do Direito¹³.

Mas a adesão a essa forma de pensar não é tão tranquila como poderia parecer. Frederick Schauer, por exemplo, mesmo sendo professor nos Estados Unidos, país do *common law* onde o juiz sempre teve mais “liberdade”, defende um ponto de vista menos flexível. Depois de ressaltar a importância do Congresso, diz que o parlamento é uma instituição reconhecida como tendo ao menos uma presumível autoridade criadora do Direito. E enaltece a importância de identificarmos o que chama de “instituições legais”, aptas a fazerem com que os juízes saibam quais proposições utilizar para determinar os direitos daqueles que chegam perante ele¹⁴.

Então, apresentada a controvérsia no Direito em geral, bem como a variação do pensamento ao longo do tempo, passemos, agora, à sua relação especificamente com a área criminal, objeto do nosso estudo, o que exige uma apreciação da sua base política.

2 A BASE POLÍTICA DO DIREITO PENAL

A dicotomia entre direito natural e direito positivo no âmbito criminal tem relação muito próxima com a distinção entre dogmática jurídico-penal e política criminal – esta, unida ao jusnaturalismo; aquela, ligada ao positivismo, possuindo, também, íntima conexão com os momentos históricos do estado liberal, do estado social e de um “estado de direito material”.

A dogmática jurídico-penal corresponde a um sistema de lógica meramente formal, ocupando-se, fundamentalmente, do conhecimento do Direito Penal positivo por meio de preceitos legais considerados dogmas¹⁵. Por seu intermédio, termina prevalecendo sempre a vontade do legislador.

¹³ SPENGLER, Fabiana. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social, p. 12, 26, 30 e 33. Disponível em: <<http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/1020-revistadedireito/v07n01/9615-a-crise-do-estado-e-a-crise-da-jurisdicao-in-eficiencia-face-a-conflituosidade-social.html>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

¹⁴ SCHAUER, Frederick. Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (With Some Help From Neil MacCormick), p. 8 e 10. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1403311>. Acesso em: 8 fev. 2017.

¹⁵ MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2001. p. 187.

Até o final do século XIX, era a dogmática jurídica a única ciência que servia para a aplicação do Direito Penal, a única que poderia ser utilizada legitimamente pelo jurista. A política criminal não tinha competência para influenciar a compreensão, a sistematização e a aplicação das normas jurídicas. Embora Liszt tivesse lançado, ainda no fim daquele período, o pensamento sobre o que chamou de “ciência conjunta do Direito Penal”, a partir da qual, não só a dogmática, mas também a criminologia e a política criminal seriam globalmente relevantes para a tarefa de aplicação do Direito Penal, não deixou de colocar a primeira em campo hierárquico superior, mesmo que para se defender de fortes críticas¹⁶.

A oposição que se fez àquele período foi de que o significado político do positivismo jurídico-penal atendia perfeitamente às exigências ideológicas do momento. A despeito da sua referência a uma posição de neutralidade valorativa, não era politicamente indiferente. Se o Código alemão de 1871, por exemplo, correspondia às convicções penais de filosofia liberal, do liberalismo clássico da época, nada melhor que limitar o seu estudo, excluindo valorações a outros dados empíricos alheios à lei¹⁷, o que favoreceria as classes mais poderosas. Por isso, com a virada do século, cresceu uma nova ideologia política, a do Estado Social.

O Estado de Direito Liberal foi, então, substituído por um novo Estado, que pretendia atenuar as exigências de legalidade formal em favor de uma alegada promoção e realização das condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social. Mas, se, no paradigma anterior, havia o domínio absoluto da legalidade formal sobre o social, agora, acontecia justamente o contrário, o da prevalência total do social, com um menosprezo pelo jurídico, o que chegou a pôr em risco a salvaguarda dos direitos das pessoas. Além disso, o desejável diálogo entre a dogmática e a política criminal transformou-se em um diálogo de surdos. Se a última cresceu, não chegou ao ponto de cooperar com a primeira, tendo havido, na realidade, uma ignorância mútua. E isso teve uma grave consequência: quando as proposições político-criminais tinham sentido diferente do considerado legal pelo jurista, a solução não poderia ser outra que não a de abandonar as conclusões corretas do ponto de vista político-criminal.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, tomo I. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 19-22.

¹⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 187-191.

Assim, apesar de toda modificação de concepções, a política criminal não deixava de ser uma ciência auxiliar somente competente para a reforma penal¹⁸. Continuávamos, na verdade, na era do pensamento positivista no âmbito da Filosofia do Direito.

A evolução do estatuto da política criminal perante a dogmática jurídico-penal somente foi alcançada quando as concepções próprias do Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado Social, despreocupado com as regras de Direito, cederam espaço à ideia do chamado “Estado de Direito material contemporâneo”. Este, mesmo conservando um sistema rígido de legalidade, se deixa mover por considerações de “justiça”. A solução do caso concreto, agora, primeiro tem que ser “justa”, ainda que simultaneamente adequada ao sistema jurídico-penal¹⁹.

Seria uma fase equivalente à do novo constitucionalismo, mencionada no item 1 *supra*, do período pós-guerra. O grande problema é saber quando a decisão do caso concreto é justa e para quem ela é justa, especialmente diante das suas implicações mais graves na área penal.

Talvez preocupado com isso, Zaneti Jr. chega a tratar o Direito Penal de forma diversa dos outros ramos do Direito. Defende que não seria possível abandonar a codificação penal com a mesma tranquilidade que se abandona o modelo fechado do Código Civil, porque os fenômenos da descodificação nas matérias cíveis *lato sensu* e penais obedeceriam a lógicas totalmente diversas. Sugere que, no Direito Civil, quanto menos lei – no sentido de menos taxativa –, mais liberdade; no Direito Penal, quanto menos lei – no sentido de menos taxativa –, menos liberdade. Além disso, haveria uma diferenciação entre a independência do juiz civil e do juiz penal. Enquanto a independência do primeiro estaria caracterizada por sua imparcialidade, à luz da primazia das vontades autônomas, da igualdade entre o cidadão e o Estado, e dos fins públicos determinados na lei e na Constituição, no Direito Penal, tal independência estaria garantida na sujeição somente à lei, assegurada, por sua vez, pela estrita legalidade ou taxatividade das figuras delitivas e, portanto, pelo caráter o mais cognoscitivo possível do juízo. Assim, no caso do Direito Penal,

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 23-26.

¹⁹ Idem, p. 26-28.

o desaparecimento do princípio da legalidade, da certeza, da taxatividade e do caráter cognitivo abriria espaços ilimitados à discricionariedade dos juízos²⁰.

Embora igualmente questionável a abertura sugerida a áreas outras que não o Direito Penal²¹, uma discricionariedade no âmbito criminal pode conduzir a arbítrios muito nocivos às pessoas. De outro lado, seria realmente possível um fechamento normativo perfeito no estágio atual da história? É sobre isso o próximo foco da nossa abordagem.

3 O ATIVISMO E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL

Na atualidade, de um lado estão aqueles que criticam o ativismo judicial, no sentido de criação do Direito pelo Judiciário. Este grupo afirma que o ativismo ofende a separação dos poderes, cabendo ao magistrado apenas a missão de aplicar as normas jurídicas estabelecidas pelo Legislativo. Seguindo esta linha de pensamento, Berman sustenta que não se poderia admitir valores considerados fundamentais pelos próprios juízes, que sequer possuem uma legitimação representativa indireta, tampouco aceitando a procura de valores fundamentais no direito natural, ante a absoluta indeterminação do seu conteúdo. Diz, ainda, que não poderia haver uso da razão como fonte dos valores constitucionais, por não serem os juristas os especialistas indicados para a realização de julgamentos morais²².

²⁰ ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 107-109 e 112. Com fundamentação não exatamente idêntica, que não cabem aqui detalhar, Ferrajoli também entende que o fenômeno de descodificação penal não se assemelha ao civil, apresentando formas, razões e justificações diferentes, não se podendo reconhecer em ambos a mesma lógica e o mesmo tipo de racionalidade. Conclui que não podemos nos despedir do Código Penal com a mesma tranquilidade com que podemos nos despedir do Código Civil. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 220-221)

²¹ É certo que as consequências de decisões “equivocadas” são mais drásticas na área penal. Contudo, pensamos não haver justificativa plausível para um tratamento diferenciado entre a legalidade civil e penal. Se o principal fundamento do neoconstitucionalismo é a ideia de obtenção de justiça, uma redução do Direito Penal ao âmbito legal o confrontaria da mesma forma que aconteceria no Direito Civil. Ademais, se outras áreas do Direito não podem ser reduzidas a certezas matemáticas pretendidas por uma teoria pura, o Direito Penal tampouco teria essa capacidade. Além disso, leis cívicas menos taxativas realmente conferem mais liberdade às pessoas? Elementos como, por exemplo, a imparcialidade e a igualdade também não seriam inerentes ao Direito Penal, da mesma forma que a legalidade e a certeza seriam cabíveis aos outros ramos? Pensamos que os fundamentos filosóficos da constitucionalização do Direito, assim como os estudos sobre a teoria da norma jurídica, possuem aplicação a todos os ramos do Direito, razão pela qual a abertura legislativa excessiva seria ruim inclusive fora do Direito Penal.

²² BERMAN, José Guilherme. *Ativismo judicial, judicialização da política e democracia*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, v. 36, n. 116, p. 215-216, dez. 2009.

De outro lado, todavia, há os que defendem que os atos legislativos devem estar subordinados não apenas formal e procedimental, mas também substancialmente à Lei Maior. E, para tanto, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deveria se fazer não só de acordo com as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também levando em consideração princípios não escritos. Nesta perspectiva, teriam que ser respeitados os princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global²³.

Permitimo-nos discordar de ambas as posições. De um lado, embora seja evidente que as normas constitucionais devam prevalecer, princípios fluidos e implícitos não podem ter a força de afastar regras objetivas, salvo se declaradas inconstitucionais sem complexas divagações ideológicas, sob pena de se permitir a aplicação de qualquer ponto de vista sob a desculpa de uma devida fundamentação. Afinal, os defensores de uma concepção antijuspositivista do constitucionalismo nem sempre se consideram jusnaturalistas, se declarando, sobretudo, não positivistas ou pós-positivistas. O problema é que ela exprime, sim, uma concepção tendencialmente jusnaturalista, incluindo, na verdade, a moral em um ponto de vista interno ao Direito²⁴.

Por outro lado, a criação judicial do Direito é absolutamente inevitável, mesmo do Direito Penal²⁵, seja diante das variadas possibilidades interpretativas, seja em face do necessário fechamento de normas abertas, ou mesmo do preenchimento de espaços não legislados²⁶.

Realmente, nem mesmo os tradicionais métodos de interpretação da norma jurídica podem ser concebidos como um sistema fechado de dados

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). Op. cit., p. 4 e 6/65, primeira parte.

²⁵ Obviamente, o Direito Penal brasileiro não permitirá a criação de tipos penais por meio do Poder Judiciário, diante do princípio da legalidade estabelecido no art. 1º do CP e no art. 5º, XXXIX, da CF.

²⁶ Quando os juízes utilizam seu arbítrio, eles estão decidindo não em qualquer caminho que gostem, mas de acordo com as opções que a lei lhes permite, dentro dos limites de sua competência. Mesmo assim, algumas vezes, ele terá que usar o seu arbítrio, como acontece, por exemplo, na interpretação de duas leis contraditórias (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 120-121). Além disso, se não há lei, ou se a lei precisa de interpretação, as decisões judiciais terão um importante papel (ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: GOODHART, Arthur L.; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London; New York: Routledge, 2016. p. 14/90, cap. 2).

preexistentes, inexistindo uma ordem hierárquica ou qualquer outra relação metodologicamente fixa entre eles. Carecem de universalidade formal e dignidade lógica pelo simples fato de que lhes subjazem em cada caso pressupostos materiais, com maior ou menor nitidez. Por isso, servem apenas como elementos de um processo interpretativo unitário, como atividades distintas que devem operar unificadas, configurando-se aspectos auxiliares de alcance limitado²⁷.

Embora, em diversas passagens, Friedrich Müller não deixe de se posicionar contrariamente a conclusões que sejam evidentemente opostas ao texto literal²⁸, no que concordamos, esclarece que o método gramatical, aparentemente unívoco, muitas vezes, se vê obrigado a diferenciar e decidir entre vários modos de utilização dos conceitos usados, entre significados cotidianos e jurídicos e, em parte também, entre diferentes significados jurídicos²⁹.

Ademais, a atividade legislativa na atualidade é bem diferente da historicamente pensada após a Revolução Francesa. Naquela época, os legisladores tinham a pretensão de elaborar normas claras e diretas, que regulamentariam todos os setores da atividade humana, e que seriam facilmente aplicáveis pelos magistrados. Entretanto, além de isso não ser factível no mundo real, o legislador atual tem se utilizado de regras de textura aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo aos juízes uma maior liberdade criativa na prospecção da efetividade da tutela jurisdicional³⁰.

Os textos normativos com versões mais genéricas - como acontece com as cláusulas gerais - desenvolvem um valor de regulamentação passível de ser concretizado ou, no mínimo, aplicável para a concretização de outras disposições³¹. Elas, as cláusulas gerais, permitem apenas programas normativos vagos, aos quais precisam ser acrescentados, no caso particular, os âmbitos normativos das normas a serem então estabelecidas pelo juiz³².

²⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52-53.

²⁸ Idem, p. 192, 193, 197, 198, 199, 201 etc.

²⁹ Idem, p. 54. Na mesma página, o autor também apresenta críticas à interpretação histórica, teleológica e sistemática.

³⁰ CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. A utilização dos institutos uniformizadores do *common law* na efetivação dos princípios da isonomia e segurança jurídica no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 100, p. 213-252, p. 226-227, nov./dez. 2012.

³¹ MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 198.

³² Idem, p. 211.

O “positivismo” de Frederick Schauer não deixa de perceber isso. O Direito não pode ser visto como um sistema fechado, como se fosse um jogo de xadrez, no qual todos os movimentos podem ser encontrados nas suas regras. Pelo contrário, é, inevitável e especialmente, sujeito a imprevisíveis complexidades da condição humana³³.

O Direito Penal, da mesma forma, não pode se libertar da política judicial, relacionando-se com o cotidiano, com a experiência e a mudança social, falando a linguagem viva, mutável e equívoca do sistema jurídico em geral. Por isso, ele também necessita de conceitos vagos³⁴. Ainda que seja importante deixá-lo claro e objetivo, o mais fechado possível como regra geral, isso nem sempre poderá acontecer, já que as relações sociais não são tão objetivas assim.

Por isso, existem inúmeras normas penais incriminadoras que apresentam preceitos vagos e variáveis, além de seus naturais elementos objetivos e subjetivos. São os chamados elementos normativos do tipo³⁵, que dependem de um juízo de valor a ser exercido pelo magistrado diante de uma situação individual concreta³⁶.

É verdade que o Direito Penal deve ser mais rigoroso com a permissão da criação judicial do Direito, devendo o respectivo legislador tentar ser o mais preciso possível. Mesmo assim, não há como vedar totalmente a atividade judicial criativa nem mesmo em ordenamentos baseados no princípio da legalidade estrita, ao contrário do que chegou a afirmar Zaneti. Da mesma forma que acontece em outros ramos do Direito, o legislador penal será absolutamente incapaz de regular todos os comportamentos, simplesmente porque isso ainda

³³ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009. p. 5-6/7, cap. 1.

³⁴ HASSEMER, Winfried. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 268.

³⁵ As leis penais em branco são igualmente compostas por conteúdo vago, mas a sua complementação deverá ocorrer, primeiramente, por outra disposição legal ou por atos do Poder Executivo. Neste caso, a tarefa do juiz ainda poderá ser criativa, mas ele não deve inovar naquilo não estabelecido pelos atos normativos infralegais, tampouco podendo fugir das possibilidades legais.

³⁶ O art. 64 da Lei nº 9.605/1998, por exemplo, prevê como crime a conduta de quem promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Não só o valor paisagístico, ecológico etc., como também a ausência de autorização da autoridade competente, ou a contrariedade à concedida, exigem juízo de valor a ser feito pelo juiz no julgamento do caso concreto.

está longe de ser humanamente possível. Por isso, aliás, o mesmo autor não deixa de admitir a possibilidade de interpretações, tampouco de integração de tipos contidos em normas penais em branco ou em conceitos jurídicos indeterminados, acrescentando, agora com precisão, que a tarefa deve ser exercida com cautela e restringida ao mínimo, diante do dever do legislador de atuar em matéria penal da forma mais clara possível³⁷.

Quanto mais precisa e amplamente o texto normativo abranger, tanto o âmbito normativo como a ideia normativa fundamental da disposição, mais fortemente a concretização metódica poderá apoiar-se no texto. Se essa não é a situação do Direito Constitucional³⁸, até diante dos seus temas gerais de estruturação do Estado, é imprescindível que seja exatamente o caso do Direito Penal, a fim de que os indivíduos possam saber, dentro do possível, exatamente aquilo que estão proibidos de fazer ou deixar de fazer sob ameaça de sanção penal.

Mesmo assim, como clareza e precisão total não serão possíveis nem mesmo na lei penal, a elevação do grau de certeza, segurança e previsibilidade³⁹ das decisões judiciais será alcançada justamente por meio do reconhecimento da atividade criativa do juiz, por mais contraditório que possa parecer. Em outras palavras, ao enunciar a norma, fechando mais as possibilidades de sua aplicação, o juiz também deverá segui-la no futuro, principalmente no Direito Penal, evitando julgamentos aleatórios, diante da gravidade das suas consequências. Se, de um lado, isso confere mais poderes ao Judiciário, de igual forma, limita sua liberdade, porque, uma vez fixada a norma decorrente da decisão judicial, os próprios juízes deverão segui-la, ainda que entendam que a solução não foi a melhor, ou mesmo que tenha sido equivocada⁴⁰. Essa é uma das razões da existência de um sistema de precedentes obrigatórios.

³⁷ ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 375.

³⁸ MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 194-195.

³⁹ MacCormick diz sempre ter uma inclinação a lembrar que certeza é intangível, razão pela qual o máximo que pode fazer é diminuir a incerteza para um nível razoável. (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 15/15, cap. 1)

⁴⁰ Os precedentes vinculantes em matéria penal tendem a ser mais garantistas do que a aplicação isolada de cada juiz, porque a "racionalidade" das decisões, com a previsibilidade que dela decorre, é essencial para o ordenamento jurídico. A adoção dos precedentes formalmente vinculantes visa garantir mais vinculatidade dos juízes ao direito e menos arbítrio. (ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 113)

4 POR UM SISTEMA PENAL DE PRECEDENTES

Fetice da lei e desconfiança da magistratura e do Direito comum resultaram no exacerbamento do princípio da legalidade e na vedação da interpretação pelos juízes, impossibilitando a aplicação dos precedentes judiciais. Todavia, as críticas ao modelo de precedentes pressupõem que dele resulte um maior ativismo judicial no sentido negativo⁴¹, o que realmente deve ser evitado. De lado contrário, os problemas do positivismo levaram a uma dimensão também equivocada, que idealizou juízes super-homens, capazes de resolver todos os problemas da humanidade por meio de julgamentos “justos”, mas que, na verdade, refletem suas variáveis convicções morais. O sistema legislativo, em muitas situações, é naturalmente aberto, exigindo seu fechamento pelo Judiciário, o qual, no entanto, não pode ficar alterando o conteúdo normativo das decisões a seu bel-prazer, ainda que por meio de integrantes diferentes.

Ademais, para seguir um sistema de precedentes, é preciso que os operadores do Direito deixem de se preocupar exclusivamente com as conclusões das decisões judiciais. Pelo contrário, como uma exigência de coerência⁴², a preocupação deve mudar seu foco para a *ratio decidendi*, ainda que sua identificação nem sempre seja fácil de efetuar na prática, porque é dela que se extrai a norma criada pelo Poder Judiciário.

Todavia, a nossa Suprema Corte ainda entende que a transcendência dos motivos determinantes não tem aplicação no Brasil. Em outras palavras, apenas o dispositivo deve ser seguido, não a *ratio decidendi* contida na fundamentação das suas decisões, mesmo nos casos em que haja efeito vinculante⁴³, o que seria exatamente contrário à ideia central de um sistema de precedentes.

De qualquer forma, continuando um movimento que já tinha se iniciado anteriormente, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 passou a adotar expressamente um sistema no qual os juízes e tribunais também deverão seguir as “teses jurídicas” adotadas nas decisões judiciais, embora isso infelizmente não

⁴¹ Idem, p. 22 e 68/69.

⁴² Ver incoerência, por exemplo, nas notas 38-40, bem como a explicação correspondente.

⁴³ Assim decidiu o STF, por seu Pleno, na Recl. 2475-AgRg/MG, Rel. p/o Ac. Min. Marco Aurélio, em 02.08.2007, o que vem sendo ratificado por suas duas Turmas, como se vê, por exemplo, no julgamento da Rcl. 22470/MA, 1ª Turma, Relª Min. Rosa Weber, em 24.11.2017; e da Rcl. 27702-AgRg/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 06.10.2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2018.

seja obrigatório em todas as situações⁴⁴. A questão é saber se suas disposições possuem aplicação subsidiária ao processo penal, parecendo-nos que sim, *maxime* frente à ausência de previsão contrária no respectivo código.

Não se poder fazer a ilação, ao contrário do que faz parte da doutrina brasileira, de que o sistema de precedentes decorre de princípios constitucionais vagos e que nunca quiseram chegar a tal conclusão. No exterior, a propósito, há quem defenda que o *stare decisis* geralmente não é uma determinação constitucional ou legal, mas apenas uma exigência que as cortes impõem a si próprias⁴⁵. Portanto, sua aplicação no processo penal brasileiro decorrerá do CPC, ou até da necessidade de os órgãos julgadores seguirem um mínimo de coerência, caso em que não haveria uma obrigatoriedade, mas sim uma esperada conscientização cultural.

Nada obstante, o ideal é a adoção da proposta de Zaneti, de uma teoria normativa formalmente vinculante dos precedentes judiciais, diante da constatação do grande equívoco de práticas contemporâneas de acentuar o ativismo judicial e de usar a distinção entre princípios e regras como uma válvula de abertura do ordenamento jurídico⁴⁶. Se temos normas abertas, sua insegurança será diminuída justamente por meio da observância de precedentes. Neste caso, eventual reforma do diploma processual penal deveria ir além daquilo previsto na lei processual civil, determinando não apenas a obrigatoriedade vinculante de todos os precedentes, mas também da necessária observação da norma respectiva, ou seja, da *ratio decidendi*.

O *stare decisis* se baseia na necessidade de atendimento a uma filosofia principiológica calcada na busca pela isonomia e pela segurança jurídica, com consequente redução da imprevisibilidade das decisões judiciais, embora haja quem critique a ideia. Para Lucas, a crise da jurisdição revela-se como uma crise dos fundamentos dogmáticos da modernidade jurídica que, orientada para a preservação do passado por meio de práticas jurídicas de repetição, é incapaz de trabalhar com a diferença, com a complexidade da sociedade global, não sendo apta para tomar decisões para garantir o futuro⁴⁷.

⁴⁴ Arts. 926 a 928 do CPC.

⁴⁵ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 116.

⁴⁶ ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 17.

⁴⁷ LUCAS, Douglas César. Op. cit., p. 23.

Apesar de uma previsibilidade absoluta não ser perfeita nem possível, os fundamentos apresentados por Lucas terminaram desvirtuados, permitindo que o Judiciário brasileiro dos últimos anos passasse a julgar de acordo com suas convicções morais, não raramente de forma incoerente e tratando de forma desigual casos exatamente idênticos. Ademais, a dinâmica das relações sociais não é atrapalhada pela pretendida estabilidade do precedente, que pode ser afastado por mecanismos como o *overruling*⁴⁸. E, o mais importante, o sistema de precedentes não deve ser instituído sob a ilusão de trazer perfeição ao mundo jurídico, mas apenas com o intuito de reduzir sua margem de incerteza, insegurança e imprevisibilidade, pilares extremamente relevantes, principalmente para o Direito Penal.

Finalmente, a despeito de os precedentes penais serem importantes para apontar com mais precisão os comportamentos proibidos, aumentando os níveis de previsibilidade e segurança jurídica dos indivíduos, as próprias normas deles oriundas, muitas vezes, não serão completamente fechadas, ainda deixando margem a interpretações, haja vista que a imperfeição é inerente à natureza humana. Por isso, na Alemanha também já se mencionou a preocupação com problemas decorrentes da interpretação de precedentes, ainda que tais questões sejam menos discutidas pelas cortes inferiores e mais detalhadas em decisões das cortes superiores⁴⁹.

CONCLUSÃO

A controvérsia entre direito natural e direito positivo, inerente à Filosofia do Direito dos últimos séculos, continua presente nos dias de hoje, embora com novas nomenclaturas que não apenas a adapta à atualidade, mas também lhe dá nova roupagem.

A situação não é diferente com o Direito Penal, ramo do Direito no qual a tensão entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal expressa justamente aquela divergência.

⁴⁸ Quando mais de uma interpretação for cabível, não deverá haver a superação do precedente apenas por se achar, posteriormente, que outra delas é melhor. A certeza e a previsibilidade do Direito seriam significativamente diminuídas, permitindo, ainda, que uma terceira ou quarta interpretação também admissível levasse a novas superações futuras. O poder de superar um precedente deve ser considerado apenas a última opção. (DUXBURY, Neil. *Op. cit.*, p. 121-122)

⁴⁹ ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: GOODHART, Arthur L.; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Op. cit.*, p. 11/90, cap. 2.

Apesar de tantos debates teóricos, ainda não houve um mínimo de consenso sobre a melhor corrente de pensamento a seguir, tendo ela variado de acordo com cada momento histórico, com consequências mais graves no Direito Penal, ramo do Direito que entendemos mais importante para a pacificação da sociedade.

Talvez seja a hora de tentarmos uma via alternativa, uma via que reconheça falhas em ambas concepções, prezando pelo norte de segurança do positivismo, mas não olvidando sua impossibilidade de regulamentar todas as condutas ilícitas de forma precisa e objetiva, principalmente diante da alta complexidade das sociedades atuais.

A inevitabilidade de elaboração de normas abertas, mesmo no âmbito do Direito Penal, deve ser compensada com um fechamento normativo, dentro do possível, oriundo de um sistema rigoroso de precedentes, nos quais os juízes, ao mesmo tempo em que são livres para criar o Direito naquilo que ele não esteja fechado, são presos ao mesmo Direito já criado pela norma judicial.

É possível que isso não resolva o problema, é verdade. Nos Estados Unidos, país que segue o *stare decisis*, muitos estudiosos da Suprema Corte Americana dizem que preferências ideológicas e políticas dos seus juízes possuem um maior papel nas decisões do que os tradicionais métodos do raciocínio jurídico. Embora não acreditem que juízes e advogados estejam mentindo, creem que o pensamento deles sobre suas próprias atividades mascara uma profunda realidade, na qual escolhas políticas e outros atributos não jurídicos possuem maior papel na explicação de argumentos e resultados legais⁵⁰.

De qualquer forma, além de o ativismo judicial também ser apontado por alguns como problema nos Estados Unidos, ele está historicamente mais solidificado em países do *common law* do que em países do *civil law*. Com o seu crescimento no Brasil⁵¹, diante da redução da diferença entre as duas tradições jurídicas ocidentais, é preciso um mecanismo que o limite, tal como acontece por lá: um sistema de precedentes obrigatórios. Da forma como as coisas estão, não custa tentar.

⁵⁰ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*, p. 3-4/7, cap. 1.

⁵¹ Talvez nosso pior problema, atualmente, nem seja o ativismo oriundo das normas judiciais abertas, mas o ativismo excessivo e desenfreado, contra a regra de direito positivo clara e expressa, o que nos faria voltar ainda mais ao jusnaturalismo, fazendo prevalecer concepções abstratas de “justiça”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: GOODHART, Arthur L.; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London; New York: Routledge, 2016.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, v. 36, n. 116, dez. 2009.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. A utilização dos institutos uniformizadores do *common law* na efetivação dos princípios da isonomia e segurança jurídica no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 100, p. 213-252, nov./dez. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, tomo I. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HASSEMER, Winfried. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: versão condensada pelo próprio autor*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUCAS, Douglas César. A jurisdição entre crises e desafios. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/721/443>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUNÕZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

SCHAUER, Frederick. Legal Development and the Problem of Systemic Transition. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=427223>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (With Some Help From Neil MacCormick). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1403311>. Acesso em: 8 fev. 2017.

_____. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009.

SPENGLER, Fabiana. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social. Disponível em: <<http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/1020-revistadereito/v07n01/9615-a-crise-do-estado-e-a-crise-da-jurisdicao-in-eficiencia-face-a-conflituosidade-social.html>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Submissão em: 23.04.2018

Avaliado em: 26.06.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 22.06.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 27.06.2018

DIGNIDADE HUMANA E PLURALISMO CONSTITUCIONAL. LIMITES E POSSIBILIDADES DE DOIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE PROFUNDO DISSENSO POLÍTICO

*HUMAN DIGNITY AND CONSTITUTIONAL PLURALISM. LIMITS AND
POSSIBILITIES OF TWO CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN TIMES OF
DEEP POLITICAL DISSENSION*

Marcos Augusto Maliska¹

Professor do Mestrado em Direito no Centro Universitário Autônomo do Brasil
(UniBrasil, Curitiba/PR, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional.

RESUMO: O pluralismo constitucional exige um consenso fundamental sobre determinadas coisas, que, por certo, contempla também a noção de dignidade humana. Os dissensos políticos profundos podem deturpar a noção de pluralismo e ultrapassar indevidamente os limites constitucionais do consenso, levando à relativização da

dignidade da pessoa humana. Ao longo de sua existência, a Constituição de 1988 vivenciou um amplo consenso entre os principais atores políticos quanto à necessidade de efetividade dos direitos humanos e dos valores positivados na Carta Magna. No entanto, recentemente, o País passou a assistir o crescimento significativo de um pensamento político conservador que, na sua essência, não encontra espaço na Constituição. O discurso político começou a ser

¹ Mestre (2000) e Doutor (2003) em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná, com estudos de doutoramento (Doutorado Sanduíche) na Ludwig Maximilians Universität, em Munique, Alemanha (2002-2003). Realizou Pós-doutorado no Instituto Max Planck de Direito Público de Heidelberg, Alemanha (2010-2012). Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba. Procurador Federal. É professor visitante permanente na Faculdade de Direito de Francisco Beltrão - Cesul. Foi professor visitante nas Universidades de Bayreuth, Alemanha (2007), Wrocław, Polônia (2008 e 2010), Karaganda, Cazaquistão (2012), Salzburg, Áustria (2014) e Lviv, Ucrânia (2015). E-mail: marcosmaliska@yahoo.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/2555397371714650>>.

permeado por ataques diretos aos direitos humanos em geral, mas, em especial, aos direitos das minorias. Essa situação está a exigir do sistema de controle da ordem constitucional o estabelecimento de limites substanciais claros à política, determinando as condições do jogo e reafirmando a normatividade dos princípios do pluralismo e da dignidade humana.

ABSTRACT: *Constitutional pluralism requires a fundamental consensus on certain things, which, of course, also contemplate the notion of human dignity. Deep political dissent can misrepresent the notion of pluralism and unduly override the constitutional limits of consensus, leading to the relativization of the dignity of the human person. Throughout its existence, the Constitution of 1988 experienced a broad consensus among the main political actors regarding the effectiveness of human rights and values of the Charter. However, recently, the country has witnessed the significant growth of conservative political thinking incompatible with the Constitution. Political discourse began to be permeated by direct attacks on human rights in general, but especially on the rights of minorities. This situation requires the system of controls of the constitutional order to establish clear substantive limits to politics, determining the conditions of the political game and reaffirming the normativity of the principles of pluralism and human dignity.*

PALAVRAS-CHAVE: dignidade humana; pluralismo constitucional; dissenso político; tradicionalismo.

KEYWORDS: *human dignity; constitutional pluralism; political dissension; traditionalism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conceito de dignidade humana no Direito; 2 O princípio do pluralismo no Direito Constitucional; 3 Dignidade humana e pluralismo constitucional em tempos de profundo dissenso político; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The concept of human dignity in Law; 2 The principle of pluralism in Constitutional Law; 3 Human dignity and constitutional pluralism in times of deep political dissent; References.*

INTRODUÇÃO

Ao procurar sintetizar o princípio da dignidade da pessoa humana no Direito, Moraes recorre à analogia com o sentido de relatividade desenvolvido por Einstein. Escreve a autora:

Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente

um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância, no vácuo, da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, em relação, porém, ao único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico do nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre.²

O presente texto procura discutir a dignidade humana como valor absoluto no contexto de dissensos políticos profundos. Se, por um lado, o pluralismo constitucional exige um consenso fundamental sobre determinadas coisas, o qual, por certo, contempla também a noção de dignidade humana, por outro, na prática, os dissensos políticos podem deturpar a noção de pluralismo e ultrapassar indevidamente os limites constitucionais do consenso, levando à relativização da dignidade da pessoa humana.

A reflexão sobre o valor absoluto da dignidade humana no contexto de dissensos políticos profundos parece ser bastante atual. Apelos à volta do regime militar, ataques abertos aos direitos humanos e enaltecimento de personagens que violaram a dignidade humana no regime de exceção demonstram que se faz necessário pontuar quais são os limites do jogo político.

O problema encontra-se na subversão da ordem constitucional plural, no discurso que reivindica o direito de fala com o objetivo de atacar o pluralismo constitucional. O perigo dessa subversão não se encontra apenas na força bruta, pois os riscos do constitucionalismo do século XXI encontram-se muito mais na existência apenas de uma formalidade constitucional, na qual as constituições são esvaziadas de conteúdo, do que propriamente na ameaça de um rompimento institucional com o estabelecimento de um regime forte de exceção, que afaste em definitivo a ordem constitucional vigente. Desta forma, a relativização da dignidade humana é muito mais plausível e tem, inclusive, boas chances de ser

² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 149.

aceita nesse ambiente de formalidade constitucional, no qual o pluralismo perde o protagonismo político.

Desta forma, dignidade da pessoa humana e pluralismo constitucional são conceitos interdependentes, pois o valor absoluto da dignidade humana pressupõe o pluralismo constitucional como um ambiente político de garantia da liberdade e da diversidade. A relativização da dignidade humana enquanto ausência de consenso sobre as suas características essenciais se apresenta como uma consequência do dissenso político profundo, que polariza o ambiente político e enfraquece a normatividade constitucional.

O presente texto procura abordar essa temática estruturando-se em três tópicos. No primeiro, investiga-se o conceito de dignidade humana no Direito, a sua definição e alcance; no segundo, aborda-se o pluralismo e o seu significado para a ordem constitucional; por fim, no terceiro, busca-se uma síntese desses dois princípios na perspectiva da existência de um profundo dissenso político.

1 O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO

Segundo Moraes, “o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes”³. Ainda segundo a professora carioca, são corolários da noção de dignidade humana os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade. Sustenta a autora que o princípio constitucional da dignidade humana encerra uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, não sendo o caso de se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, pois não há um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas⁴.

Para Sarlet, não parece ser possível reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, o seu âmbito de proteção, pois apenas a partir da devida análise do caso concreto

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 116. A autora cita os casos das Constituições da Itália, da Alemanha e de Portugal, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁴ Idem, p. 119-146.

é possível identificar, de acordo com as circunstâncias atuais, algumas posições que integram o âmbito de proteção do princípio. Desta forma, segundo o professor gaúcho, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba, necessariamente, o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, ou seja, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas. Igualmente, está associada ao valor da dignidade da pessoa humana a garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, como o direito ao trabalho e ao sistema efetivo de seguridade social. Por fim, como pressupostos essenciais para o respeito da dignidade da pessoa humana tem-se a garantia da isonomia de todos os seres humanos, a garantia de identidade pessoal do indivíduo, no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual, concretizando-se, entre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade⁵.

Do entendimento trazido pelos dois autores aqui citados, pode-se dizer que ambos dão ênfase à dimensão comunitária da dignidade humana, ou seja, exigem um compromisso coletivo na sua proteção. Enquanto Moraes fala em “solidariedade”, Sarlet discorre sobre “a garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, como o direito ao trabalho e ao sistema efetivo de seguridade social”.

Esse entendimento abrangente do significado da noção de dignidade da pessoa humana é também albergado pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, por exemplo, a decisão no RE 431054/SP, na qual o Ministro Aires Britto sustentou que a introdução do direito à moradia no rol dos direitos sociais do art. 6º pela Emenda Constitucional nº 26/2000 está em um contexto de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, terceiro fundamento da República, densificação esta que se apresenta por diversos dispositivos constitucionais.

No Direito Comparado, Tiedemann observa que, antes do século XX, a palavra “dignidade humana” não fazia parte da gramática do Direito. Ela também nem pertencia à linguagem do legislador e dos estudiosos do Direito, tendo aparecido, pela primeira vez, no art. 151 da Constituição alemã de Weimar

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 103-104.

de 1919⁶, depois, no art. 6º da Constituição fascista de Portugal de 1933⁷ e no preâmbulo da Constituição da Irlanda de 1937⁸. Nesses três casos, o conceito encontrou-se relacionado às atividades do Estado para garantir relações humanas compatíveis com uma vida digna, seja na perspectiva do mínimo existencial, como constante da Constituição portuguesa, seja no sentido da garantia de uma repartição justa, como constante da Constituição alemã. No entanto, o conceito de dignidade humana ganhou grande significado com a recepção junto aos tratados de Direito internacional⁹.

O reconhecimento da dignidade humana pelo Direito implicou essencialmente na ideia de que a sua violação é *passível* de sanção. Enquanto a tradição antiga e medieval, bem como Kant, tratava a dignidade humana no campo da moral, a transposição do conceito de dignidade humana para o Direito implicou na sua proteção jurídica.

Acerca da relação entre dignidade humana e direitos humanos, sustenta Tiedemann que “desde John Locke deve ficar claro que os direitos não surgem no mundo senão por meio de concessão. Um direito concedido significa equipar uma pessoa com o poder de exigir obediência de outra”¹⁰. Assim, segundo o professor de Frankfurt, “quando para nós a dignidade humana de fato é um valor máximo absoluto e nós, por isso, queremos fazer tudo para garantir que

⁶ “Art. 151. *Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern. Gesetzlicher Zwang ist nur zulässig zur Verwirklichung bedrohter Rechte oder im Dienst überragender Forderungen des Gemeinwohls. Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet.*”

⁷ “Art. 6º Incumbe ao Estado: [...] 3º Zelar pela melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente.”

⁸ “Preamble: *In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial, Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation, And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution.*”

⁹ TIEDEMANN, Paul. *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006. p. 13.

¹⁰ TIEDEMANN, Paul. A dignidade humana e os direitos humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 93, jul./dez. 2013.

nós observamos nossos deveres humanos, então a razão nos força a conceder direitos humanos”¹¹.

A dignidade humana como valor passa a ter nos direitos humanos a sua proteção, o seu reconhecimento jurídico, tomando uma dimensão jurídico-política. A dignidade humana deixa de ser apenas um dever moral para assumir a condição de um princípio do Direito e, em especial, do Direito Constitucional.

Para a temática do presente texto, tem relevância a discussão sobre o conteúdo propriamente da dignidade humana. A relação entre dignidade humana e direitos humanos aponta alguns elementos para uma tentativa de identificação do conteúdo da dignidade humana. Para Tiedemann, a dignidade humana permitiu a identificação dos direitos humanos, pois

contanto que as codificações universais, regionais ou nacionais de direitos humanos contenham direitos que não podem ser derivados da dignidade humana, tratam-se na verdade de direitos positivados, porém não de direitos humanos em sentido suprapositivo. Como direito positivado eles são disponíveis e não sacrossantos. Direitos humanos genuínos, ou seja, aqueles que são derivados da dignidade humana devem ser aqueles que estão relacionados com a proteção da personalidade humana e não simplesmente com a liberdade de ação.¹²

A compreensão da dignidade humana relacionada à proteção da personalidade vincula-se à tradição kantiana que entende que a “pessoa, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não meramente como um meio de uso arbitrário para isso ou aquilo, mas deve ser sempre considerado como um fim em todas as suas ações direcionadas tanto a si mesmo quanto a outros seres racionais”¹³. Assim, nessa perspectiva, a não instrumentalização da pessoa, o seu uso como objeto, como meio para atingir outros fins, é que diferencia a pessoa, que possui dignidade, das coisas, que possuem preço¹⁴. A violação da

¹¹ Idem, p. 93.

¹² TIEDEMANN, Paul. A dignidade humana e os direitos humanos, p. 93.

¹³ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt: Suhrkamp, 1974. p. 59-60.

¹⁴ Essa distinção é, hoje, questionada por uma compreensão que procura superar a visão antropocêntrica de dignidade, sustentando a necessidade de revisão desse conceito. Trata-se do chamado *De Dignitate*

dignidade humana, assim, se relaciona sempre com o ataque à pessoa como tal, sua integridade física, psíquica e intelectual.

No âmbito de proteção da dignidade humana encontram-se, ainda, os pressupostos materiais mínimos para se ter uma vida digna. Neste aspecto, tomam relevo os direitos sociais, como o direito à educação fundamental e profissional, à saúde, à alimentação, à moradia, ao trabalho e à seguridade social. Note-se que, ao se falar em direitos sociais, a noção de dignidade humana expande-se para um campo de contornos indefinidos, passível de diversas interpretações. Não que a dignidade humana em si não seja ela própria um valor absoluto¹⁵, mas a definição do seu conteúdo, ou melhor, a definição dos direitos imprescindíveis a sua proteção.

Desta forma, a recepção da dignidade humana no Direito por meio de um conjunto de normas protetivas depende de um ambiente político no qual se tenha a garantia dessa proteção. Em alguma medida, esse ambiente político se faz pela comunhão de entendimentos quanto aos fundamentos de um Estado democrático e plural, que respeita as diferenças políticas em sentido amplo e que considera o livre-arbítrio de cada um como um bem a ser preservado. E, nesse aspecto, a noção de dignidade humana deveria ficar imune ao debate político, pois, sendo parte de um discurso comum, serviria como ponto de partida. No entanto, no contexto de profundo dissenso político, esse discurso comum parece não existir, e tudo está à disposição da política, até mesmo a proteção da dignidade humana ou, ao menos, a definição de seu conteúdo.

2 O PRINCÍPIO DO PLURALISMO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo é o melhor lugar para a proteção e o desenvolvimento do conceito de dignidade humana. A dignidade humana, um valor inerente a todo ser humano, é protegida pelos direitos humanos fundamentais.

Posthominis, o qual afasta a distinção categorial entre humano e não humano, para inserir uma distinção gradual na diferenciação entre humano e outros seres e coisas. Sobre isso, ver SORGNER, Stefan Lorenz. *Menschenwürde nach Nietzsche. Die Geschichte eines Begriffs*. Darmstadt: WGB, 2010. p. 265-266.

¹⁵ Segundo Tiedemann, a “dignidade humana é o nome do julgamento de valor, segundo o qual o homem tem um valor absoluto” (TIEDEMANN, Paul. *Was ist Menschenwürde?*, p. 84).

Partindo da premissa de Tiedemann de que o livre-arbítrio traduz a essência da ideia de dignidade humana¹⁶, o constitucionalismo assenta-se sobre o princípio do pluralismo. O livre-arbítrio, na condição de um direito humano fundamental, exige um ambiente político adequado ao seu desenvolvimento, que somente a existência de uma Constituição democrática e plural pode dar.

No entanto, a mesma ideia de livre-arbítrio – que, em última análise, projeta no princípio do pluralismo a dimensão objetiva de vinculação comunitária da existência de uma sociedade democrática e plural – exige contornos normativos quanto aos limites desse mesmo pluralismo. Essa questão está intimamente ligada ao tema do presente texto, pois o pluralismo não pode levar ao dissenso político profundo que possa ameaçar a existência da ordem constitucional.

Pluralismo é uma palavra intrínseca à noção de constitucionalismo democrático. Com exceção do período inicial do desenvolvimento das Constituições, assentado em estruturas sociais homogêneas que procuravam negar as diferenças, o constitucionalismo atual é essencialmente pluralista. Talvez se possa dizer que a noção de pluralismo já estava presente no primeiro momento do constitucionalismo, mas como pluralismo essencialmente partidário, assentado na ideia de divergências de opiniões em um ambiente de amplo consenso. As revoluções burguesas foram, essencialmente, revoluções que mexeram nas estruturas econômica e social do mundo existente, sem alterar o mundo da cultura enquanto ambiente de reprodução de uma sociedade assentada ainda na desigualdade de gênero, no preconceito racial, no caráter seletivo da natureza quanto à legitimidade dos mais aptos (exclusão dos deficientes) e no papel social da família patriarcal. A revolução dos costumes se deu no século XX e é uma realidade do constitucionalismo do século XXI. Para os objetivos do presente artigo, o pluralismo que aqui se aborda é o resultado dessa revolução cultural, que mexeu com as estruturas de uma sociedade ainda muito desigual sob o ponto de vista de sua estrutura social, não obstante bastante liberal quanto às questões econômicas.

É no contexto dessa realidade do século XX que o princípio do pluralismo político, elencado no art. 1º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, deve ser lido e interpretado. Segundo Lima, o sentido do “pluralismo político

¹⁶ Segundo Tiedemann, a dignidade humana está assentada em uma medida valorativa absoluta, o livre-arbítrio (*Willensfreiheit*), no sentido da capacidade de se ter uma vontade livre e de se determinar uma ação por meio dessa vontade. (TIEDEMANN, Paul. *Was ist Menschenwürde?*, p. 85)

constitucionalmente positivado no Brasil alcança hoje as diversas esferas da vida política e social do país”¹⁷. De fato, deve-se tomar a noção de pluralismo de maneira abrangente, visando contemplar os diversos aspectos que marcam a diversidade social, cultural e política do País. O termo político aqui encontra-se em sentido amplo, para designar muito mais do que a ideia de diversidade político-partidária, que, se contemplada no princípio, não o esgota.

No âmbito do Direito Constitucional, a ideia de pluralismo encontra-se na noção de abertura da Constituição para dentro, pois o conceito de abertura, para além de caracterizar a ordem constitucional no contexto da internacionalização do direito e da existência, de fato, de uma rede de Constituições comprometidas com os direitos humanos, também identifica as Constituições de sociedades pluralistas. Desta forma, a Constituição se abre para dentro, para a sua própria sociedade, reconhecendo direitos de uma sociedade plural¹⁸.

A realidade política desse segundo decênio do século XXI é marcada por uma reação a esse pluralismo. A noção de direitos humanos desenvolvida no pós-guerra ampliou de tal modo o horizonte político, social e cultural que levou à existência de um pluralismo sem precedentes, que legitimou formas alternativas, pautadas na ideia de que toda forma de domínio ilegítimo deve ser combatida. Essa bandeira libertária rompeu o elo com os setores conservadores da sociedade, que, cada vez mais intolerantes com a ampliação dessas formas alternativas, reivindicam o retorno de formas tradicionais de convivência social¹⁹.

¹⁷ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Art. 1º, V – Pluralismo político. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e outros. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 136.

¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*. Abertura. Cooperação. Integração. Curitiba: Juruá, 2013. p. 36.

¹⁹ Segundo Cordi, “os tradicionalistas propõem uma nova cosmovisão da realidade, onde as propostas como valor concreto da história, a tradição como critério de verdade, a ordem moral como fundamento do social são integradas na primazia do social para possibilitar o crescimento da dignidade humana. [...] Reagem então, a qualquer forma de abstracionismo e individualismo na direção de um organicismo aliado a uma exaltação da organização científica contra o individualismo intelectual. Para tanto, eles se apresentam como organização contra a desorganização social e da autoridade, como ordem contra a desordem, como autoridade de *eu comum* contra a arbitrariedade do *eu*” (CORDI, Cassiano. O tradicionalismo na República Velha. Rio de Janeiro, 1984. p. 3-4. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia da Universidade Gama Filho. 189p.). Note-se que aqui a referência à dignidade humana tem outra conotação, diferente da trabalhada no presente texto. Segundo Cordi, na visão tradicionalista, “para garantir a dignidade do homem, ele não pode submeter-se a uma autoridade meramente humana” (p. 21), “a liberdade individual só pode ser garantida pelo grupo da sociedade constituída, zelador competente das liberdades legais e privadas, promovendo assim a dignidade do homem

A terminologia aqui utilizada – “alternativas” e “tradicionais” – é passível de crítica, visto que, sob o ponto de vista do princípio do pluralismo, a rigor, não se teria propriamente um alternativo e um tradicional, mas divergências consideradas no mesmo plano. No entanto, a realidade demonstra que existe, sim, uma desigualdade entre as formas novas que buscam se afirmar como espaços legítimos de convivência social, e as formas tradicionais, que reivindicam a condição de referência para o conjunto da sociedade.

A profundidade e a amplitude do movimento político conservador – que tem surgido não apenas no Brasil, mas em outros países – é fundamental para o diagnóstico do futuro do princípio do pluralismo. Se esse movimento conservador reivindica o princípio do pluralismo para se afirmar como um segmento da sociedade que pretende defender a sua visão de mundo em harmonia com as demais visões de mundo contrapostas, ele está afirmando a sua identidade no contexto da pluralidade e reafirmando o princípio do pluralismo como um elemento fundamental da ordem constitucional. No entanto, se ele pretende resgatar uma sociedade homogênea anterior, pautada em valores tradicionais, está, então, rechaçando o princípio do pluralismo e negando a ele a condição de princípio fundamental da Constituição. A tradição não tende a se apresentar como uma visão de mundo no contexto do pluralismo, mas ela própria tende a se contrapor ao pluralismo. Assim, mais do que contrapor o alternativo ao tradicional, o tradicional se contrapõe ao pluralismo mesmo enquanto fundamento da ordem constitucional. Aqui, encontra-se um elemento que necessita ser investigado, que consiste em saber como é possível compreender a tradição na ordem constitucional que tem como fundamento o pluralismo.

A investigação do lugar da tradição na ordem constitucional plural é fundamental para a discussão que se propõe nesse texto, pois, na disputa sobre a definição dos direitos imprescindíveis à proteção da dignidade humana, a visão de mundo tradicional que se pretende homogênea irá romper com o princípio do pluralismo trazendo consequências diretas para aquilo que se entende por dignidade humana. Essa definição terá impacto na ideia de dignidade humana, tanto como respeito à integridade física, psíquica e intelectual da pessoa quanto

como filho de Deus” (p. 25). Sobre o conceito de dignidade humana na doutrina social da igreja, ver MANZONE, Gianni. A dignidade da pessoa humana na doutrina social da igreja. *Teocomunicação*. Porto Alegre, v. 40, n. 3, p. 289-306, set./dez. 2010. Segundo o autor, o “ponto de partida é a visão antropológica da Doutrina Social da Igreja, resumida em termos de homem criado por Deus a sua imagem e resgatado pelo sangue de Jesus Cristo”.

como a existência de pressupostos materiais mínimos para se ter uma vida digna, consistentes, essencialmente, nos direitos sociais.

O vigor do constitucionalismo em tempos de profundo dissenso político está sendo colocado a prova, pois, em última análise, se ele sucumbir quanto à pretensão de recusa ao pluralismo, estará contribuindo fortemente para o processo de esvaziamento de conteúdo da Constituição, para a formalidade constitucional que mantém um quadro aparente de funcionamento democrático das instituições. No entanto, se ele enquadrar o movimento conservador nos limites do Estado Constitucional, estará contribuindo para reafirmar a força normativa da Constituição.

3 DIGNIDADE HUMANA E PLURALISMO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE PROFUNDO DISSENSO POLÍTICO

O livre-arbítrio, como uma medida valorativa absoluta da dignidade humana, coloca a premissa de que a dignidade não é da espécie humana propriamente, ou seja, passível de ser determinada biologicamente, mas do indivíduo, a dignidade humana é pessoal²⁰. Para Tiedemann, a pessoa somente tem um valor absoluto se ela pode se determinar a si própria livremente. O livre-arbítrio não é um valor absoluto individual, mas coletivo. A ideia de que eu tenho o meu livre-arbítrio e você tem o seu não serve como expressão da ideia de dignidade humana. Não se trata do reconhecimento do valor de uma pessoa e de seu livre-arbítrio, mas do reconhecimento do valor de todas as pessoas e seus livres-arbítrios²¹.

A compreensão de que o livre-arbítrio traduz a essência da ideia de dignidade humana no Direito tem no princípio do pluralismo constitucional o seu assentamento político, pois o reconhecimento no outro do mesmo livre-arbítrio que vejo em mim pressupõe a existência, para usar a linguagem de Forst, de uma comunidade, formada por cidadãos politicamente autônomos, que percebem a sua organização política como um “bem” à medida que ela lhes oferece os pressupostos institucionais e materiais necessários para que todos possam se compreender como membros dignos de valor²².

²⁰ TIEDEMANN, Paul. *Was ist Menschenwürde?*, p. 85-86.

²¹ Idem, p. 85 e 96.

²² FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 143.

O livre-arbítrio como um valor coletivo compartilhado, assentado no reconhecimento da dignidade de todos e de cada um que forma a comunidade política, vincula o princípio da dignidade humana ao princípio do pluralismo, ambos constantes do art. 1º da Constituição Federal.

A revolução cultural que ocorreu na segunda metade do século XX, gestada nos movimentos revolucionários do século XIX e na agitação política do período entre guerras, promoveu profunda alteração no horizonte político, social e cultural, pois introduziu novas demandas, até então nunca vistas quanto a sua extensão e profundidade. O feminismo, o movimento negro, a luta pelo direito dos homossexuais, dos deficientes físicos, dos índios, enfim, o surgimento de uma gama de reivindicações de minorias até então alijadas do processo político deu ampla visibilidade a diversos segmentos sociais que antes estavam excluídos²³.

A Constituição de 1988 acabou por absorver em seu texto todas essas transformações que se desenvolveram ao longo dos anos 1960, 1970 e 1980, traduzindo-se em uma Constituição muito generosa com os direitos dos diversos segmentos minoritários da sociedade brasileira. O consenso de 1988 quanto à necessidade de se pensar o País como um todo, buscando integrar, sob a égide da Constituição, o conjunto da população, em especial, os menos favorecidos, foi determinante para o novo olhar que se passou a ter do País e de sua sociedade.

Esse consenso político em torno da Constituição e dos valores que ela positivou, salvo algumas críticas isoladas sem expressão política, predominou ao longo dos 30 anos de vigência da Carta Magna. Por mais que quanto ao modelo da política econômica houvesse divergências entre os dois principais grupos políticos que dominaram a cena nos últimos anos, compartilhou-se o entendimento da necessidade de se afirmar os direitos humanos, em especial, aqueles intimamente vinculados à dignidade humana. Em maior ou menor medida, com diferenças nas políticas e nas formas de enfrentamento dessas questões, tomou forma o consenso constituinte.

No modelo político da Constituição de 1988, positivou-se uma forma de Estado Democrático e Social de Direito, comprometido com políticas públicas de inclusão social e transformação das condições de vida, principalmente daqueles menos favorecidos. Nesse sentido, tem-se, no Brasil, a vigência de uma Constituição que se poderia dizer de centro com tendência de esquerda,

²³ MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit., p. 11.

podendo, a depender do grupo político governante, se localizar mais à direita do centro. No entanto, encontra-se realmente fora do seu espectro político toda e qualquer concepção política de direita mais radical.

Ao longo dos seus 30 anos, a Constituição de 1988 não vivenciou uma força política de direita significativa, capaz de alcançar o poder. As forças existentes sempre estiveram como coadjuvantes no processo eleitoral. No entanto, recentemente, o País passou a assistir o crescimento significativo dessa direita, representante de ideias que, na sua essência, não encontram espaço na Constituição. O discurso político começou a ser permeado por ataques diretos aos direitos humanos em geral, mas, em especial, aos direitos das minorias.

É necessário observar que o fenômeno da direita que se apresenta como alternativa política não deve ser rechaçado em si, pois isso seria a negação própria do Estado Constitucional. As objeções que aqui se colocam a esse fenômeno partem da constatação do discurso agressivo contra os direitos humanos e os valores positivados na Constituição de 1988. Esse posicionamento político inédito, que se afasta do consenso formado na constituinte, é um fenômeno novo que deve ser analisado. Trata-se da primeira oportunidade, na vigência da Constituição de 1988, de se ter um grupo político, com chance de chegar ao poder, que se afasta do consenso constituinte de 1988. Se a Constituição de 1988 irá sucumbir ou irá se impor a essa nova realidade política brasileira, só o futuro dirá.

As forças políticas conservadoras passaram a encontrar espaço para se posicionar francamente contra todo esse arranjo institucional moldado em 1988. Não se tem muito claro quais são propriamente as ideias que permeiam esse movimento político, se elas efetivamente são consistentes sob o ponto de vista de se afirmar como uma realidade política a ser imposta em caso de conquista do poder. Há uma incerteza muito grande quanto à evolução desse cenário político. Igualmente, pode se pensar que essas ideias mais radicais possam dar lugar a compromissos no contexto do chamado formalismo constitucional, no qual a Constituição, esvaziada de conteúdo, pode ficar mais flexível para atender aos interesses políticos dominantes.

Se o movimento conservador em nome da tradição se opõe ao pluralismo, em que medida essa oposição também não significa uma rejeição ao princípio próprio da dignidade humana? O movimento político conservador que ganha corpo nesse segundo decênio do século XXI é um movimento, como já afirmado,

que tende a não reivindicar o princípio do pluralismo para se afirmar como uma corrente de opinião no contexto de um Estado Constitucional Democrático e Plural, mas pretende se contrapor a essa ideia, resgatando ideias políticas que compreendem a sociedade sob os desígnios de concepções tradicionais hegemônicas.

Para exemplificar essa reação, merece referência o tema da união entre pessoas do mesmo sexo, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADIn 4.277 e na ADPF 132, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, fato que foi objeto de regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 175/2013) e serve de parâmetro para que cartórios em todo País celebrem a união. Segundo a decisão do STF, o “reconhecimento do direito à preferência sexual” é “direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’”.

Se a decisão do STF afirma que o reconhecimento do direito à preferência sexual é direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, as correntes políticas que combatem a união entre pessoas do mesmo sexo não estariam combatendo o princípio da dignidade humana, no sentido que lhe deu o STF? Como é possível se sustentar, sob a vigência da Constituição de 1988, entendimentos políticos que se opõem ao princípio da dignidade da pessoa humana?

Os princípios do pluralismo e da dignidade da pessoa humana, na condição de fundamentos da ordem constitucional, necessitam de um consenso político. Os princípios fundamentais da ordem constitucional não estão sujeitos ao debate político, não se encontram na esfera de deliberação política sobre a sua pertinência ou não. Tratam-se de princípios que fundamentam o pacto constituinte em vigor. A sua violação implica, necessariamente, o rompimento expresso ou implícito com a ordem vigente.

O rompimento expresso é algo que, a rigor, não se encontra no horizonte político, pois, no cenário atual, os interesses em jogo não reivindicam essa posição radical. A instabilidade constitucional brasileira entre os anos 1930 e 1980 esteve associada a fenômenos internos (entre outros, a pretensão das Forças Armadas de se colocar na condição de governante) e externos (a ameaça comunista e a Guerra Fria). A realidade atual está distante das condições que geraram essa instabilidade política de 50 anos. O momento constitucional brasileiro atual

está mais para o formalismo constitucional da República Velha do que para o rompimento institucional²⁴.

Esse apego ao formalismo constitucional pode gerar rompimentos implícitos, desenvolvidos sob a égide dos procedimentos constitucionais. Esse mecanismo já deu sinais de que pode ser usado com a frequência que as circunstâncias passarem a exigir²⁵. Nesse ambiente, é de se questionar a posição do sistema de controles da ordem constitucional em face de medidas que possam desprestigiar substancialmente a Constituição. A experiência tem demonstrado que a força dos fatos se sobrepõe à racionalidade da Constituição. No campo da formalidade constitucional, a tendência para um jogo de procedimentos legitimatórios de decisões construídas *a priori* é claramente perceptível. Neste cenário, os princípios do pluralismo e da dignidade humana tendem a perder força normativa, pois permanecerão na condição de normas constitucionais com eficácia jurídica circunscrita às condições que o ambiente político assim permitir.

No entanto, situação diversa ocorrerá caso o sistema de controles da ordem constitucional estabeleça limites substanciais claros à política, determinando as condições do jogo. Nesse caso, estar-se-á diante da reafirmação da normatividade dos princípios do pluralismo e da dignidade humana, elementos essenciais do pacto constituinte de 1988. Essa limitação será essencialmente obra do Poder Judiciário – em especial, do Supremo Tribunal Federal. No entanto, ela também depende do papel político das minorias no Congresso Nacional e da opinião pública, que também podem dar a sua contribuição para a salvaguarda da ordem constitucional de 1988.

REFERÊNCIAS

CORDI, Cassiano. *O tradicionalismo na República Velha*. Rio de Janeiro, 1984. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia da Universidade Gama Filho. 189p.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt: Suhrkamp, 1974.

²⁴ MALISKA, Marcos Augusto. Aspectos históricos, sociais e culturais do Direito Constitucional Brasileiro. *Paraná Eleitoral*, v. 5, p. 15-43, 2016.

²⁵ MALISKA, Marcos Augusto. Democracia e Constituição no Brasil contemporâneo. In: COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto (Org.). *Polska i Brasylia*. Democracia e direitos fundamentais no constitucionalismo emergente. Curitiba: Juruá, v. 1, 2016. p. 21-39.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Art. 1º, V – Pluralismo político. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e outros. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*. Abertura. Cooperação. Integração. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Aspectos históricos, sociais e culturais do Direito Constitucional Brasileiro. *Paraná Eleitoral*, v. 5, p. 15-43, 2016.

_____. Democracia e Constituição no Brasil contemporâneo. In: COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto (Org.). *Polska i Brasylia*. Democracia e direitos fundamentais no constitucionalismo emergente. Curitiba: Juruá, 2016.

MANZONE, Gianni. A dignidade da pessoa humana na doutrina social da igreja. *Teocomunicação*. Porto Alegre, v. 40, n. 3, p. 289-306, set./dez. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Fabris, 2009.

_____. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SORGNER, Stefan Lorenz. *Menschenwürde nach Nietzsche. Die Geschichte eines Begriffs*. Darmstadt: WGB, 2010.

TIEDEMANN, Paul. *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006.

_____. A dignidade humana e os direitos humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 87-95, jul./dez. 2013.

Submissão em: 24.05.2018

Avaliado em: 31.05.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 28.05.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 26.06.2018

INDENIZAÇÃO DOS DANOS ÀS VÍTIMAS NA SENTENÇA CRIMINAL: CONTROVÉRSIAS PROCEDIMENTAIS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE E A ALTERAÇÃO PARA O SISTEMA DE ADESÃO CIVIL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

INDEMNIFICATION OF DAMAGES TO VICTIMS IN CRIMINAL SENTENCE: PROCEDURAL CONTROVERSIES IN THE CURRENT LAW AND THE PERSPECTIVE OF CHANGE TO THE SYSTEM OF CIVIL ADHESION IN THE PROJECT OF THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

Rosane Ramos de Oliveira Michels¹

Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito penal; processo penal.

RESUMO: Este trabalho foi elaborado a partir da reforma parcial do Código de Processo Penal, mediante análise legal, doutrinária e jurisprudencial das controvérsias quanto ao dispositivo da reparação do dano, a ser imposto na sentença condenatória criminal. Baseado em pesquisa explicativa, o estudo adentra às formas de relacionamento entre a ação penal e a ação civil, passando, na sequência, à análise da nova perspectiva da indenização dos danos à vítima, em face da iminente reforma global do

Código de Processo Penal que adota o sistema da adesão civil. Por fim, pondera-se sobre os critérios para a quantificação do dano moral na esfera penal.

ABSTRACT: *This work was designed from the partial reform of the Code of Criminal Procedure, by legal, doctrine and jurisprudence analysis of the controversy over the device of the injury repair, imposed in the criminal conviction. Based on explanatory research, this study enters the forms of relationship between the criminal action and the civil action, passing, following, to the analysis of the new perspective of the indemnity of the injury to the victim, faced*

¹ Juíza de Direito em Porto Alegre/RS. E-mail: dra.rosane.michels@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6312356542069512>>.

with imminent global reform of the Criminal Procedure Code which adopts the system of civil accession. Finally, is weighted the quantification of moral damages criteria in the criminal cases.

PALAVRAS-CHAVE: vítima; indenização dos danos; processo penal.

KEYWORDS: *victim; indemnification of injury; criminal procedure.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da reforma parcial do Código de Processo Penal; 2 Da reparação do dano no processo penal; 3 Da indenização dos danos à vítima no projeto do novo Código de Processo Penal; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The partial reform of the Code of Criminal Procedure; 2 The damage repair in the criminal procedure; 3 The damage indemnification to the victim in the project of the new Code of Criminal Procedure; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A fixação de valor mínimo, a título de reparação do dano, na sentença condenatória criminal, introduzida no Código de Processo Penal, no art. 387, inciso IV, pela Lei nº 11.719/2008, tem merecido especial destaque interpretativo.

Questionamentos sobre os critérios a serem adotados na sua quantificação e sobre os danos a serem considerados envolvem a aplicabilidade da norma. Outras discussões concernentes à sua incidência ou não sobre os fatos anteriores à sua vigência e à delimitação da prova dos prejuízos no processo criminal também ocupam os doutrinadores. A própria constitucionalidade do dispositivo tem sido alvo de debate jurídico, posto que, em sendo efeito da condenação, grande parte dos operadores do Direito alega que não oportuniza ao réu o contraditório e a ampla defesa.

Com o advento da Lei nº 11.719/2008, também surgiu comentário sobre a alteração do então vigente sistema de separação entre responsabilidade civil e criminal, que teria passado a adotar o sistema da solidariedade, pelo qual, no âmbito do processo criminal, é possibilitado ao juiz, no momento da sentença, fixar um valor mínimo, de modo a reparar o dano sofrido pelo ofendido, ao mesmo tempo em que se mantém a possibilidade de a vítima ou os seus sucessores intentar ação civil de reparação de dano *ex delicto* a qualquer tempo, seja antes, durante ou depois de finda a ação penal.

Muitos outros problemas se apresentaram, a impedir a efetividade da norma processual penal, o que o projeto do novo Código de Processo Penal almeja solucionar, trazendo a lume a necessidade de a vítima ingressar no processo, como parte processual, e somente então, mediante requerimento desta, tornar possível a fixação do valor mínimo indenizatório pelo juiz.

Na análise dessa problemática, é preciso lançar um olhar sobre as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais mais recentes que abrangem a atuação do juiz criminal, incumbido da fixação do *quantum* reparatório, inclusive mediante a ponderação de aspectos inerentes à ordem civil, para a apuração e quantificação dos prejuízos.

Por outro lado, o projeto do novo Código de Processo Penal acena para uma perspectiva melhor adequada constitucionalmente que, em tese, poderá resolver as inúmeras questões detectadas pela doutrina e jurisprudência ao longo da vigência do dispositivo em comento.

O presente trabalho, após traçar um sucinto histórico sobre a evolução da relação entre as ações penais e civis no sistema jurídico brasileiro, abordará as implicações, no ordenamento jurídico processual penal, da norma que agregou ao dispositivo da sentença penal condenatória a fixação de valor mínimo, a título de reparação de dano, confrontando, ainda, o tratamento doutrinário e jurisprudencial que vem sendo dado à matéria.

Na sequência, adentrar-se-á nas alterações envolvendo a antecipação da reparação do dano *ex delicto*, projetadas para o novo Código de Processo Penal.

1 DA REFORMA PARCIAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

1.1 A TENDÊNCIA À APROXIMAÇÃO DOS INSTITUTOS DE PROCESSO PENAL E CIVIL

As ideias que originaram as alterações parciais da estrutura processual penal brasileira advêm do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América e coincidiram com a reforma dos sistemas processuais de outros países, como do Chile, da Argentina, da Bolívia, do Paraguai, de Portugal e da Itália².

Em motivação às alterações, Ada Pellegrini, jurista que presidiu a Comissão da Reforma, explicita:

² GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal brasileiro: pontos de contato com o direito estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 169, p. 95, mar. 2009.

É fato notório que o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, embora já adotando o modelo acusatório, se encontrava totalmente superado pela realidade dos novos tempos, a exigir um estatuto que primasse pela eficiência, evitando formalismos e procrastinações inúteis, de modo a tornar o processo penal mais simples, célere, desburocratizado e aberto. Por outro lado, a Constituição de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código processual de 1941 entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição.³

A reforma parcial do Código de Processo Penal tratou da aproximação dos institutos do processo penal e civil, com fins de transparência, desburocratização e celeridade, que são corolários da estrutura acusatória, adotada pelo novo processo penal⁴.

Essa reformulação buscou a acentuação do modelo acusatório e a harmonia do sistema, culminando em significativas modificações no sistema jurídico brasileiro. Ademais, veio ao encontro do crescente interesse no estudo de novas alternativas que se destinam a dar maior agilidade à solução dos conflitos.

Diante disso, antes de adentrar à análise de algumas das implicações decorrentes da reforma parcial do Código de Processo Penal, faz-se necessária uma breve incursão na evolução da relação entre as ações penal e civil, que, por sua relevância histórica, representa importante auxílio ao entendimento do presente estudo.

1.2 A RELAÇÃO ENTRE AS AÇÕES PENAL E CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

As diferentes etapas da relação entre as ações penal e civil estão estritamente ligadas à evolução histórica da reparação do dano causado pelo crime, sob a

³ *Ibidem*, p. 94.

⁴ *Idem*, *ibidem*.

ótica da necessidade de manutenção ou não de determinados mecanismos e sistemas de proteção à vítima.

O desenvolvimento do tema reporta-nos a período antecedente à Constituição de 1988, estando circunscrito à questão de que um mesmo fato pode ensejar repercussões atinentes a diferentes áreas do Direito. Nessa linha, remete-nos, ainda, aos diferentes sistemas que alcançam as ações, penal e civil, cuja delimitação conceitual é igualmente importante estabelecer.

De modo geral, como explicita Araken de Assis, são concebidos quatro sistemas:

[...] o da *separação*, em que o provimento penal exercerá nenhuma ou limitadíssima influência na área civil; o da *confusão*, à semelhança do primitivo direito romano, quando ação única serve ao duplo objetivo de aplicar a pena e reparar o dano; o da *solidariedade*, em que, separadas as ações, obrigatoriamente se resolvem em conjunto e no mesmo processo; e, por fim, o da *livre escolha*, cujo traço específico consistirá na hipótese de cumulação facultativa, no processo penal, de ambas as ações.⁵

Outra a classificação nominada por Nucci acerca dos quatro sistemas:

Do ponto de vista da relação entre a ação penal e a ação civil decorrente do delito, são conhecidos os seguintes sistemas: a) união, caracterizado pela unidade de processo para a apuração do culpado e a indenização da vítima; b) separação absoluta ou independência total, em que não há relação entre as ações, salvo a possibilidade de utilização da prova de uma em outra; c) da independência ou separação relativa, em que a competência jurisdicional é diversa, mas o julgamento criminal vincula o civil em maior ou menor intensidade; d) da adesão, no qual, por razões de economia

⁵ ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*, p. 44. Apud MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 238.

processual, é outorgada competência ao juiz criminal para decidir sobre a indenização.⁶

Ao longo dos anos, os sistemas adotados permitiram diferentes formas de relacionamento entre as ações civil e penal, oportunizando julgamentos em conjunto ou separadamente, bem como lhes atribuindo conotação de obrigatoriedade ou facultatividade.

Remonta ao final do século XVIII, depois de desencadeada a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 26 de agosto de 1789)⁷, que, inspirada pelo iluminismo, colocou acima do poder em qualquer esfera os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade humanas, consagrados por diversas Constituições.

No Brasil, os princípios emanados dessa Declaração foram adotados em 1824 pela Constituição Imperial do Brasil⁸, na qual o art. 179, inciso XVIII, continha determinação para que fossem organizados um Código Civil e Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e equidade.

Assim estabelecia:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Reformas do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 257.

⁷ Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid: Universidad Complutense, 1973. Traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. Apud FERREIRA FILHO, Manoel G. et al. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018.

⁸ BRASIL. (Constituição, 1824). Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

Por força dessa determinação legal, foi criado o Código Criminal do Império⁹, cuja vigência data do ano de 1830 e cuidou da reparação do dano ao ofendido nos arts. 21 e 22, ao estabelecer a necessidade da satisfação do dano causado pelo delito¹⁰, com a seguinte redação:

Art. 21. O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto.

Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida a favor do offendido.

Para este fim, o mal que resultar á pessoa, e bens do offendido será avaliado em todas as suas partes e consequencias.

No art. 31, § 3º, dispunha, ainda, sobre a possibilidade de ingresso da ação civil antes da decisão penal, como medida de exceção, e, no art. 32, previa prisão com trabalho para o fim da satisfação do dano:

Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condemnação do delinquente por sentença em juizo criminal, passada em julgado. Exceptua-se:

1º O caso da ausencia do delinquente, em que poderá demandar e haver a satisfação por meio de acção civil;

2º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil;

3º O caso, em que o offendido preferir a usar acção civil contra o delinquente (grifo nosso).

Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação.

⁹ BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496203>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹⁰ SCARANCA FERNANDES, Antônio; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 678, p. 8, abr. 1992.

Esta condenação, porém, ficará sem efeito, logo que o delinquente, ou alguém por elle, satisfizer ou prestar fiança idonea ao pagamento em tempo razoavel, ou o offendido se der por satisfeito.

Câmara, ao tratar da adoção inicial do sistema de adesão facultativa pelo Brasil, ao tempo do Código Criminal do Império de 1830, ressalva que havia casos em que a vítima poderia postular a reparação do dano no juízo cível¹¹.

Em momento subsequente, com a entrada em vigor do “Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil”, em 1932, passou-se ao sistema da adesão obrigatória, mediante a necessidade de fixação do valor da indenização na sentença criminal. Essa regra, todavia, vigorou somente até 1841, quando a Lei nº 261 implantou o sistema da separação, em razão do que, por força de seu art. 68, resultaram revogados o art. 31 do Código Criminal do Império do Brasil e o § 5º do art. 269¹² do Código de Processo Criminal de 1932.

Dizia o art. 68 da Lei nº 261, de 1841:

A indemnização em todos os casos será pedida por acção cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal, e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.¹³

No que tange a essa legislação, Scarance atenta para o fato de que “foi a Lei nº 261/1841 que estabeleceu o princípio da independência das ações civil e

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. reflexões sobre a Lei nº 11.719/2008. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 10, n. 56, p. 72, jun./jul. 2009.

¹² “Art. 269. Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, resumindo com a maior clareza possível toda a materia da accusação, e da defesa, e as razões expendidas pró, e contra, proporá por escripto ao Conselho as questões seguintes: § 1º Se existe crime no facto, ou objecto da accusação? [...] § 5º Se ha lugar á indemnização?” (Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil (29 de novembro de 1832). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104060/lei-32>>. Acesso em: 14 jun. 2018)

¹³ BRASIL. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104058/lei-261-41>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

criminal, além da influência da coisa julgada no processo criminal sobre a ação cível¹⁴.

Sobreveio que a reparação passou a ser buscada somente pela via da ação civil, perante o juízo cível, culminando no chamado sistema de separação relativa ou de interdependência¹⁵, pelo qual, embora em menor grau, a ação penal continuou vinculada à ação civil, sistema esse que vigorava até a atualidade.

A partir da Lei nº 11.719/2008, que acrescentou dispositivo ao Código de Processo Penal, remetendo para o momento da sentença criminal a apreciação da reparação dos danos decorrentes do delito e sua valoração mínima, surgiram discussões doutrinárias no sentido de que o sistema entre as ações teria sido novamente alterado, pondo de lado o sistema da separação relativa para adotar o sistema da adesão.

Nesse sentido, preconiza Alexandre Câmara:

Este novo regime não impede o ajuizamento de demanda civil de reparação de danos. Afinal, permanece em vigor o art. 64 do CPP [...] Disso se pode, então, extrair que o direito brasileiro teria passado, por força da Lei nº 11.719/2008 do regime da separação para o da adesão facultativa.¹⁶

Por sua explanação, poder-se-ia sustentar que, no Brasil, deu-se o retorno ao sistema vigente em 1830, estabelecido pelo Código Criminal do Império, que, posteriormente, deu lugar a outras formas de interferência na relação entre as ações civil e penal.

Diverge Távora, para quem “o que se percebe, nesse mister, é uma tentativa do sistema da confusão, onde a pretensão condenatória e indenizatória estariam veiculadas na mesma demanda”¹⁷.

Contrapondo-se a esse posicionamento, explica Andrey Borges que “não se pode falar que a atual sistemática tenha introduzido o sistema da confusão,

¹⁴ SCARANCA FERNANDES, Antônio; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 678, p. 9, abr. 1992.

¹⁵ Ou, ainda, podendo ser denominado de sistema da separação mitigada entre as ações.

¹⁶ Câmara, 2009, p. 113.

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. São Paulo: JusPodium, 2009. p. 182.

pois não há propriamente uma ação civil cumulada com uma ação penal no juízo criminal¹⁸.

Nesse particular, não há como desconsiderar que a mudança para outro sistema fere a Carta Maior, o que desautoriza o reconhecimento de alteração do sistema. Dessa maneira, o sistema vigente continua a ser o da separação relativa, ainda que se anuncie a iminente adoção da adesão civil no Brasil.

Forçoso concluir que, após terem sido adotados sequencialmente os sistemas da adesão facultativa, da adesão obrigatória e da separação relativa das ações, as leis brasileiras sobre a matéria, posteriores à Lei nº 261/1841, mantiveram o princípio da independência, consoante se extrai dos Códigos Processuais.

Não obstante, é possível projetar um avanço em direção ao processo de adesão, apesar de não reconhecido ainda pelo atual ordenamento. Evidência disso é a persistência na vinculação do juízo cível ao julgado criminal em determinadas questões. Ao que indica, ainda que não tenha se mostrado suficientemente clara e coerente no que tange à reparação mínima, a Lei nº 11.719/2008 veio anteceder forte tendência à aproximação das ações.

2 DA REPARAÇÃO DO DANO NO PROCESSO PENAL

2.1 O DISPOSITIVO VIGENTE E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL

Ao ser rompido o equilíbrio jurídico-econômico existente entre o agente e a vítima, em face do dano causado pelo ato ilícito, impõe-se restabelecer esse equilíbrio, recolocando o prejudicado no *statu quo ante*, consoante leciona Sérgio Cavallieri Filho¹⁹. Impera, pois, o princípio da reparação integral, qual seja, de repor à vítima tanto quanto possível a situação anterior à lesão, fixando uma indenização proporcional ao dano²⁰.

Durante algum tempo, o grande óbice aos avanços no trato da responsabilidade civil residia no próprio texto do Código Civil de 1916. O

¹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 241.

¹⁹ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29.

²⁰ Código Civil brasileiro: "Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo".

apego à sua literalidade dificultava a aceitação de indenizações não previstas expressamente. Isto porque, as hipóteses de indenização por ato ilícito, compreendidas no então vigente art. 1.060²¹, não abrangiam inúmeras situações capazes de gerar abalo no âmbito de interesse dos indivíduos, que o senso comum indicava devesse também ser reparado.

A redação do art. 403 do Código Civil de 2002, correspondente ao referido art. 1.060 do Código Civil de 1916, permanece praticamente a mesma. Todavia, o contexto atual mostra-se bem diverso, porquanto a nova ordem civil foi impulsionada por espírito mais liberal, capaz de se adaptar à evolução dos acontecimentos sociais que, em decorrência, outorgam ao juiz, definitivamente, o papel de partícipe da criação do Direito, no sentido de que lhe cabe preencher os conceitos legislativos abertos e conferir a eles o alcance reclamado por padrões atuais éticos e de justiça.

Essa técnica legislativa é admitida, no prefácio do Código Civil vigente, pelo eminente Professor Miguel Reale: “Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo conceitual, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais [...]”²².

Nesse diapasão, abriu-se extraordinário campo para a consagração de tudo quanto já se vinha criando acerca da responsabilidade civil, em especial no que concerne às situações indenizáveis.

A orientação que presidia essa paulatina evolução no âmbito civil, qual seja, a de fazer valer o princípio da reparação integral, não foi excluída na seara penal. Contrariamente, é reforçada na parcial reforma processual penal.

Muito embora o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal²³ atribua competência ao juiz criminal para a fixação de um valor indenizatório mínimo, pressupondo, portanto, não seja integral, restou ressalvado no mesmo diploma legal, expressamente no art. 63, atinente aos efeitos civis da sentença penal, a possibilidade de ser buscada a indenização integral no juízo cível.

²¹ Atual art. 403 do Código Civil de 2002.

²² Novo Código Civil brasileiro: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. Prefácio de Miguel Reale. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 13.

²³ Código de Processo Penal: “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008) [...]”.

O parágrafo único desse artigo, por sua vez, dispõe que, transitada em julgado a sentença penal condenatória, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Trata-se de medida que objetiva a satisfação mais célere da vítima, ainda que parcialmente, sem a necessidade de se submeter a um demorado processo civil de liquidação da sentença penal ou a outro processo de conhecimento, também na esfera extrapenal.

O entendimento majoritário da doutrina, entretanto, refuta essa disposição legal, sob o argumento de que, se, por um lado, atende à expectativa de proteção da vítima, por outro, veio agravar a situação dos acusados, inclusive com desrespeito a garantias constitucionais, pondo em risco importantes conquistas do Estado Democrático de Direito.

2.2 CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A APLICAÇÃO DA NORMA

Respeitável parcela da doutrina posiciona-se contra o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, aduzindo que afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da congruência, ferindo, por consequência, o postulado do devido processo legal e o próprio sistema acusatório. Prelecionam os doutrinadores que, da maneira como foi agregada tal disposição à legislação processual penal, não há possibilidade de aplicação, pelo que deve ser reconhecida a sua inconstitucionalidade.

Contudo, entre os doutrinadores que sustentam a impossibilidade de adaptação da norma à ordem jurídica brasileira há quem afirme ser possível sua aceitação, caso haja a modificação de alguns pontos cruciais na matéria.

A esse respeito, Greco Filho adverte:

Grande número de infrações penais não tem ofendido ou prejudicado determinado; mesmo que exista, nos autos não se discute, em contraditório, o valor da reparação civil, não detendo o juiz elementos para fixá-la [...] É possível admitir que, mediante pedido expresso do ofendido que se habilite como assistente, o juiz, após contraditório em que o réu deve ter o devido

processo legal quanto à indenização, possa fixar uma indenização, mas que então não será a mínima, mas a definitiva, com força de coisa julgada.²⁴

Em consonância com a opinião anterior, Aranda Fuller sustenta que o princípio acusatório realmente exige o pedido da parte, apesar de esta não ser a única nem a mais grave violação ao princípio acusatório presente no Código de Processo Penal²⁵.

Alexandre Câmara, por sua vez, afirma que o primeiro problema a ser enfrentado deve ser o que tangencia o princípio da correlação, já que “toda violação desse princípio implica, na verdade, um desrespeito ao princípio do contraditório”²⁶.

Argúi, ainda, que a necessidade de respeito a esse princípio “nada mais é do que a imperiosa garantia que devem ter as partes de que poderão prever, com absoluta exatidão, todos os possíveis resultados do processo”²⁷.

Decorre disso a ofensa ao sistema acusatório e ao devido processo legal, já que uma das características fundamentais do sistema acusatório é a clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, contra as quais, sustenta Câmara, a Lei nº 11.719/2008 se mostra contrária.

Isso ocorre porque, “ao permitir que o juiz fixe o valor mínimo da indenização sem que haja demanda com este objeto, a lei acaba por fazer com que as atividades de acusar e julgar incidam sobre a mesma pessoa”²⁸.

Segundo a concepção do autor, por haver determinação na lei para que o juiz fixe o valor mínimo, este terá de segui-la e, ao fazê-lo, sem que haja um pedido, estará acusando, deixando sua imparcialidade de lado e, ao final, julgando, quando proferir a sentença.

Dessa forma, não haveria distinção entre as atividades de acusar e de julgar, já que o Ministério Público sequer teria feito pedido nesse sentido, ou

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 318.

²⁵ ARANDA FULLER, Paulo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64.

²⁶ Câmara, 2009, p. 73.

²⁷ Ibidem, p. 74.

²⁸ Ibidem, p. 79.

seja, buscando a reparação do ofendido, nem foi oportunizado ao acusado questioná-lo.

Há quem sustente, inclusive, que a motivação da inaplicabilidade da norma do art. 387, inciso IV, do CPP é a mesma da adesão civil no sistema jurídico brasileiro, visto que não poderiam adequar-se ao instituto processual atual.

Távora e Antonni também opuseram-se:

Não funcionaria como um efeito automático da sentença condenatória, que até então apenas tornava certa a obrigação de indenizar. O magistrado não pode julgar *extra petita*, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe foi apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória.²⁹

Sob esse enfoque, salientam que não há a figura da *parte civil* no Brasil, “podendo a vítima ou seu representante legal figurar, no máximo, como assistente da acusação”³⁰. O que existe é o dever expresso de o juiz fixar a reparação mínima, ainda que posicionamentos doutrinários refutem tal disposição.

Há, todavia, diversos outros aspectos a serem questionados em face desse instituto, mesmo que se aceite a aplicação da norma, entre os quais buscarei pincelar aqueles de maior relevância para o presente estudo.

Nota-se que a regra tem o sentido de dar celeridade e fazer com que a vítima tenha a reparação com mais rapidez, ficando clara a ideia de que, “havendo dados nos autos da ação penal que permitam a fixação do valor mínimo do dano, assim se fará”³¹.

Por outro lado, à medida que o exame da questão cível traria prejuízo ao processo penal, por sua demora e complexidade, poderá o juiz deixar para julgar a matéria no âmbito civil; caso contrário, a regra perderá seu sentido³².

²⁹ Távora, 2009, p. 182-183.

³⁰ Nucci, 2008, p. 258.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² Nucci entende pela impossibilidade da fixação mínima em casos onde houver concorrência de culpas, consentimento por parte da vítima, for controvertida a questão, ou, ainda, quando não houver prejuízo material ou dano que comporte uma reparação pecuniária derivada do delito, como, por exemplo, os crimes contra a fé pública (Idem).

Greco Filho elucida a temática, trazendo à baila o exemplo das infrações contra o sistema financeiro, “em que o número de vítimas é grande e em que as situações de dano são variadas, o que inviabiliza qualquer estimativa no âmbito do processo penal”³³.

Significa dizer, seguindo esse entendimento, que, nos casos em que o juiz decidir pela impossibilidade de fixação do valor mínimo, não o determinará, mediante expressa justificativa.

Outra questão a ser abordada é a recursal. Nesse ponto, cumpre estabelecer a ocorrência ou não de autonomia para conhecer a matéria cível no âmbito penal.

Em que pese a sentença seja a mesma, Mendonça entende pela possibilidade de afirmar-se que são autônomas. É de se notar que, em havendo recurso apenas da reparação, com vista ao cumprimento da pena imposta, “poderá o juiz expedir guia de execução definitiva, não necessitando aguardar o resultado final do recurso para tanto”³⁴.

Aranda Fuller, no reverso desse entendimento, sustenta a impossibilidade de haver recurso sobre a reparação mínima:

A lei deixa claro que o valor arbitrado é o mínimo, e persiste aberta a via cível para a busca de valor complementar, com produção exaustiva de prova. Não há interesse recursal na estreita e inadequada via processual penal para discutir valor de indenização, se resta aberta opção de ação própria.³⁵

Apesar da divergência, não há dúvida de que a reparação será devida somente quando já houver condenação transitada em julgado, ensejando a espera do julgamento do recurso pertinente ao mérito da imputação penal.

Nessa linha, cabe ressaltar aspecto que questiona a legitimidade do Ministério Público para recorrer em relação à reparação mínima, haja vista que este não pode se imiscuir em questões patrimoniais. Em se tratando de bem

³³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 318.

³⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 243.

³⁵ Aranda Fuller, 2009, p. 64.

disponível, o *Parquet* não estaria autorizado a recorrer no interesse da parte civil, segundo Câmara³⁶.

Outro ponto que foi largamente discutido pela doutrina, quando da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, vislumbrava a adoção da nova disposição no tempo, ou seja, a partir de que momento se aplicava a regra do art. 387, IV, do CPP.

Há quem entenda³⁷ que, por ser de natureza processual, cabe sua aplicação de maneira imediata, salvo para as sentenças anteriores.

É o que também se lê em Mendonça:

A disposição deve se aplicar imediatamente, ou seja, a todas as sentenças penais condenatórias que sejam proferidas após a entrada em vigor da lei. Não se trata de aspecto penal, razão pela qual a disposição – de natureza processual – deve-se aplicar imediatamente. Ressalvam-se, é claro, as sentenças já proferidas. Não se poderia, ademais, falar em direito adquirido do acusado em ter contra si proferida uma sentença penal condenatória ilíquida.³⁸

Na perspectiva de Demoro, essa medida, em boa hora incorporada ao processo penal comum, vem a ser uma cópia da multa reparatória instituída pelo Código de Trânsito brasileiro (Lei nº 9.503/1997) como penalidade (art. 297)³⁹.

Para Sérgio Cavalieri Filho, entretanto, o legislador encontrou uma solução simplista para uma questão complexa. Em seu prefácio à obra do Desembargador Roberto de Abreu e Silva, argumenta:

O Direito é um sistema de princípios e normas harmonioso, razão pela qual não pode ser interpretado em tiras, como argutamente adverte o ministro Eros

³⁶ Nesse mesmo sentido, Alexandre Câmara afirma não parecer possível que o titular da ação penal tenha legitimidade para fazer o pedido relativo ao valor da indenização.

³⁷ Nucci sustenta essa posição (op. cit.).

³⁸ Mendonça, 2008, p. 245.

³⁹ HAMILTON, Sergio Demoro. Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira: os procedimentos. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 5, n. 30, p. 89, jun./jul. 2009.

Grau, nem aplicado aos pedaços. O propósito de facilitar o acesso da vítima à reparação, sem a observância de princípios fundamentais, acabará por gerar inúmeros incidentes processuais, recursos aos Tribunais Superiores, arguições de nulidades que produzirão efeitos diametralmente opostos aos pretendidos pelo legislador.⁴⁰

Dessa lição exsurge a ideia até então desenvolvida de que, na interpretação e aplicação das normas, sobrepõe-se o respeito à Constituição e ao sistema acusatório. Logo, a permissão legal para que a reparação do dano seja apreciada na seara penal, requer a observância de princípios fundamentais, de modo que se possa chegar ao aprimoramento do sistema, na busca da maior eficácia jurídica.

A possibilidade de condenação *ex officio* oportunizou discussões sobre a ilegitimidade do dispositivo, por violação do sistema acusatório e do devido processo legal, bem como dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Segundo esse entendimento, a falta de pedido expresso da parte civil afronta o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal⁴¹.

2.3 CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS

A par disso, em pesquisa de julgados de primeiro grau, constata-se a adoção da regra, *ab initio*, sem vislumbrar a inconstitucionalidade da lei.

Em contraposição aos posicionamentos doutrinários, a aplicação da regra por muitos magistrados deu lugar à crença elucidada pela comissão de juristas, constituída com a finalidade de realizar a reforma parcial, que levou à adoção desse novo dispositivo pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁰ SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia da atuação da vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. VIII.

⁴¹ “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:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]” (grifo nosso)

Essa crença resulta do fato de que “[...] estar-se-á dotando o processo penal de instrumentos eficazes e consentâneos com o ordenamento constitucional vigente”⁴², podendo a vítima ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação.

2.3.1 Decisões de 1º grau

Por conseguinte, logo após a entrada em vigor do dispositivo, ainda no ano de 2008, em processo por crime de lavagem de dinheiro e corrupção, o Juiz Federal Fausto de Sanctis, da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo, exarou sentença condenatória, amplamente divulgada em periódicos e nos *sites* jurídicos, na qual considerou para a fixação da reparação mínima o valor da propina oferecida a um delegado de polícia para excluir do caso um dos acusados e os danos morais sofridos, *in verbis*:

Tendo em vista o valor oferecido (US\$ 1.000.000.00) e os danos morais sofridos, mormente pela tese aventada de inverter a realidade fática e atribuir prática delitiva aos delegados da polícia federal, [...] na forma preconizada pela mais recente redação do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve ser fixado em 6 (seis) vezes o valor ofertado (valor mínimo do dano causado levando em consideração o caso concreto, [...] Tais valores deverão ser revertidos diretamente em contas bancárias de *entidades beneficentes* a serem, oportunamente, designadas pelo *juízo de execução*, como forma de dar à sociedade reparação do que lhe foi confiscado: a sua dignidade.⁴³

Nessa sentença, oportuno ressaltar trecho em que o magistrado assevera ser a valoração mera questão técnica que se faz em face da prova:

⁴² BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁴³ SÃO PAULO. Justiça Federal, Sentença, Autos nº 2008.61.81.010136-1, Sexta Vara Criminal Federal, Juiz Federal Prolator Fausto Martin de Sanctis. São Paulo, 1º dez. 2008. p. 305-306. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2008/2008-12-02-Satiagraha.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Árdua é a tarefa de julgar. O juiz criminal jamais pode furtar-se da ampla análise probatória. O magistrado, segundo Nelson Hungria, “fetichista da jurisprudência, que não se doa, faz com que os fatos se meçam pela justiça, invertendo a máxima”. Despersonaliza-se. Mas qualquer juízo que se faça dos fatos, a partir desta decisão, deve considerar todos os termos desta e, mais que isso, a prova, toda ela, sobre a qual se alicerça a ação penal.

[...] Chegou-se a levar os fatos ao embate político-ideológico, desnecessário, por quanto aqui, na justiça criminal, a valoração faz-se apenas quanto a prova. Trata-se de questão obviamente técnica. Apenas isso [...].⁴⁴

Em outra sentença, da lavra do Juiz Federal Ali Mazloun, da 7ª Vara Criminal de São Paulo, quando da condenação do réu por sonegação de vultosa quantia que deveria ter sido arrecadada pela União, foi fixado, a título de reparação dos danos causados à coletividade, o valor mínimo de R\$ 3.780.000,00 (três milhões, setecentos e oitenta mil reais), a ser depositado em favor do Governo Federal para destinação exclusiva ao ensino fundamental. Na fixação do valor mínimo, o magistrado considerou que o montante sonegado pelo acusado poderia suprir o ensino de 4.200 crianças, à época, ao custo/aluno de R\$ 900,00, segundo dados do Ministério da Educação⁴⁵.

Mais recentemente, tem se verificado nas sentenças da Operação Lava-Jato – todas divulgadas pela mídia, de forma integral e ampla – a fixação de valor mínimo pelo Juiz Sérgio Fernando Moro, em favor do órgão governamental que suportou os prejuízos decorrentes dos atos de corrupção e desvios de dinheiro público, pelo que transcrevo, exemplificativamente, trecho da decisão prolatada nos autos da Ação Penal nº 5083376-05.2014.4.04.7000/PR:

606. Com base no art. 387, IV, do CPP, fixo em R\$ 29.223.961,00 o valor mínimo necessário para

⁴⁴ Idem, p. 302-303 da sentença.

⁴⁵ SÃO PAULO. Justiça Federal, Sentença Criminal, Autos nº 97.0105357-5, Sétima Vara Federal Criminal, Juiz Federal Prolator Ali Mazloun. São Paulo, 17 maio 2010. p. 15-16 da sentença. Disponível em: <<http://conjur.com.br/dl/decisao-mazloun-crime-sonegacao-.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

indenização dos danos decorrentes dos crimes, a serem pagos à Petrobras, o que corresponde ao montante pago em propina à Diretoria de Abastecimento e que, incluído como custo das obras no contrato, foi suportado pela Petrobrás. O valor deverá ser corrigido monetariamente até o pagamento.

[...]

608. Não vislumbro, porém, a título de indenização mínima, condições de fixar outro valor além das propinas direcionadas à Diretoria de Abastecimento, isso sem prejuízo de que a Petrobrás ou o MPF persiga indenização adicional na esfera cível.⁴⁶

Decisões dessa ordem têm servido de inspiração a outros magistrados, levando-os a projetar uma variedade de fatos e fundamentos em suas decisões condenatórias, não apenas tangenciando a reparação mínima diante do caso concreto, mas tornando o dispositivo aberto a um leque de possibilidades.

2.3.2 Decisões de 2º grau

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diferentes posicionamentos foram adotados, desde o advento do art. 387, IV, do CPP, verificando-se decisões que concluíram pela necessidade da prova do prejuízo e de pedido expresso⁴⁷; pela ausência de obrigatoriedade da fixação da reparação mínima⁴⁸; pela denegação da reparação mínima à vítima, ante a ausência de contraditório e de pedido

⁴⁶ PARANÁ. Justiça Federal, Sentença Criminal, Autos nº 5083376-05.2014.4.04.7000, 13ª Vara Federal de Curitiba, Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, p. 135-136 da sentença. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca-5083376-05-2014-404.7000/view + nº processo](http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca-5083376-05-2014-404.7000/view+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Recurso-Crime nº 71002310910, Turma Recursal Criminal, Relª Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em: 19 out. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+ nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70032133852, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss, Julgado em: 16 dez. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+ nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

expresso⁴⁹; pela incompatibilidade entre a responsabilização penal e civil⁵⁰; e, inclusive, enquadrando tal disposição como de efeito extrapenal automático da sentença condenatória, que prescinde de explicitação ou motivação, não podendo sequer ser afastada sob a alegação de pobreza⁵¹.

Ao discorrer sobre o tema, em acórdão de sua relatoria, reconheceu a Desembargadora Fabianne Breton Baisch do TJRS a possibilidade de aplicação imediata do dispositivo:

[...] Através do dispositivo, viabilizou-se que, já na esfera criminal, seja fixado montante mínimo à indenização dos danos eventualmente sofridos pela vítima do crime, permitindo a imediata execução, não se obstando, por outro lado, que o *quantum* total venha a ser ainda debatido no cível e eventualmente descontado, se for o caso, o valor já arbitrado. É o que deflui da conjugação com o art. 63, o qual dispõe que “*transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros*”, e, o parágrafo único, que “*transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido*”. De modo que a fixação do valor mínimo para a reparação dos danos, na sentença criminal, valerá, de pronto, como título executivo à parte ofendida [...].⁵²

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70035047109, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em: 14 abr. 2010 Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70034922641, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em: 8 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70030970164, 8ª Câmara Criminal, Relª Desª Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 9 set. 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação-Crime nº 70030852826, 8ª Câmara Criminal. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº processo](http://www.tjrs.jus.br/busca/+nº+processo)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

No Tribunal de Justiça do Acre, é entendimento pacífico que a fixação da reparação mínima exige pedido expresse na denúncia:

PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO QUALIFICADO - EXCLUSÃO DO VALOR PELA REPARAÇÃO DOS DANOS - INADMISSIBILIDADE - PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA - DESPROVIMENTO - 1. Mantém-se o valor fixado a título de indenização prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, quando existe pedido expresse na denúncia e arbitrado de acordo com as provas dos autos. 2. Apelo conhecido e desprovido.⁵³

O Tribunal de São Paulo afastou a fixação da reparação mínima, tendo em conta a ausência de dano patrimonial, consoante julgado de junho de 2018 da 8ª Câmara de Direito Criminal, que ratificou a sentença de 1º grau, segundo a qual “deixa-se de estabelecer valor mínimo para reparação civil, tendo em vista inexistir dano patrimonial causado pelo resultado do delito (art. 387, IV, do CPP)”⁵⁴.

O Tribunal do Paraná, por sua vez, em decisão igualmente recente (outubro de 2017), entendeu ser suficiente o pedido expresse do Ministério Público, deduzido nas alegações finais, para a fixação de valor mínimo à reparação dos danos sofridos pela vítima:

APELAÇÃO-CRIME - ROUBO - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VALOR MÍNIMO PARA A INDENIZAÇÃO DO OFENDIDO - POSSIBILIDADE - RESULTADO DANOSO CAUSADO PELO ACUSADO - PREJUÍZO COMPROVADO - PEDIDO EXPRESSO DE INDENIZAÇÃO - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

⁵³ ACRE. Tribunal de Justiça, Acórdão nº 26.556, Apelação nº 0010123-60.2017.8.01.0001, Foro de Origem: Rio Branco, Câmara Criminal, Rel. Des. Elcio Mendes, Julgado em: 29.05.2018, Publicado em: 04.06.2018. Disponível em: <<http://esaj.tjac.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=6FF78510F184485E3D3C03F76C934C88.cjsg1+nº+recurso>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, Voto nº 11.128, Apelação nº 0001204-20.2013.8.26.0424, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Alcides Malossi Junior, Julgado em: 7 jun. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11534703&cdForo=0>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – 1. Para que seja fixado na sentença valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, com base no art. 387, IV, do CPP, basta o pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e a concessão de oportunidade de exercício do contraditório pelo réu. 2. A fixação do valor mínimo a título de indenização é efeito automático da sentença condenatória. No caso dos autos, inexistente ofensa ao contraditório diante de pedido expresso do Ministério Público, em alegações finais, para a fixação de valor mínimo à reparação dos danos sofridos pela vítima.⁵⁵

No curso de uma década de vigência, persiste no 2º grau a prática de decisões que aplicam o art. 387, inciso IV, do CPP e, se inovações ocorrem, dizem apenas com a destinação do valor mínimo fixado na sentença condenatória.

2.3.3 Decisões das Cortes Superiores

As Cortes Superiores, por sua vez, têm se pronunciado sobre as principais controvérsias que alcançaram a Lei nº 11.719/2008, entendendo não apenas possível, mas recomendável, a fixação do montante indenizatório a título de dano moral e/ou material.

O Supremo Tribunal Federal, reunido em composição plena, em data de 17.12.2014, ao julgar a RvC 5437, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, embora afastando a estipulação de valor mínimo, por ausente o contraditório, oportunizou amplo debate durante a votação que trouxe à baila o posicionamento de seus integrantes sobre o tema.

Vale transcrever excertos do voto do Ministro Barroso:

34. Com efeito, entendeu-se pela necessidade de que haja pedido formal para reparação mínima dos danos.

⁵⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça, Processo nº 1721262-5, Acórdão nº 43905, 4ª Câmara Criminal, Rel. Celso Jair Mainardi, Julgamento: 05.10.2017, Publicação: 18.10.2017, DJ 2133. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

Porém, há outros aspectos que devem ser enfrentados: (i) a possibilidade de retroatividade da Lei nº 11.719/2008; (ii) necessidade de que o pedido indique valores e provas suficientes a sustentá-los; e (iii) possibilidade de que o pedido seja veiculado a qualquer momento antes do término da instrução.

35. Quanto à aplicação intertemporal da norma penal em questão, dada a sua natureza material, a ingressar na esfera patrimonial do réu, deve-se entender que não possui efeitos retroativos, por ser maléfica. [...]

36. No aspecto referente ao princípio do contraditório, o *quantum* da indenização há de ser debatido e avaliado ao longo do processo e cabe ao juiz a sua fixação. Todavia, ao contrário do que se decidiu recentemente no Superior Tribunal de Justiça (REsp 1265707/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Julgado em 27.05.2014, DJe 10.06.2014), para que a defesa possa se defender e produzir contraprovas e o juiz não vulnere o princípio acusatório, impende a indicação dos valores pela acusação com lastro nas provas constantes dos autos.

37. Por isso, respondendo à terceira indagação, o pedido de fixação de valor mínimo para a reparação dos danos, formulado pela acusação ou pelo ofendido, deve ser apresentado a qualquer momento no curso da instrução processual. Ou seja, o pedido não precisa ser veiculado na denúncia, visto que se permite a produção de contraprovas pelo réu ao longo da fase instrutória.⁵⁶

De igual forma, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento pela viabilidade de aplicação imediata da regra.

⁵⁶ BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça, RvC 5437, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, Julgado em: 17.12.2014, Acórdão Eletrônico DJe-052, Divulg. 17.03.2015, Publ. 18.03.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8038964>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

No AgRg-REsp 2017/0101750-5/PR, da relatoria do eminente Ministro Felix Fischer, a 5ª Turma do STJ proclamou: “A regra estabelecida pelo art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, deve ter aplicação imediata, inclusive a processos em curso” (DJe de 21.05.2018)⁵⁷.

Todavia, em se considerando a regra atual, não há um critério padronizado, para arbitramento do valor mínimo reparatório, devendo ser valorado frente ao caso concreto, como se depreende do acórdão prolatado no REsp 1.585.684/DF, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - PENAL E PROCESSO PENAL - REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL - ART. 387, IV, DO CPP - ABRANGÊNCIA - DANO MORAL - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO - 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no art. 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* que refere-se ao dano moral. 3. Recurso especial improvido.⁵⁸

Ao se posicionar sobre o reconhecimento do dano moral, inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que deve se dar com base nas regras da experiência comum do juiz.

Nesse sentido, o voto da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, proferido no REsp 1.651.518/MS, julgado pela 6ª Turma do STJ, que deliberou:

⁵⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, AgRg-REsp 2017/0101750-5/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Julgamento: 15.05.2018, DJe 21.05.2018.

⁵⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.585.684/DF, 6ª Turma, Relª Min. Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em: 09.08.2016, DJe 24.08.2016.

A aferição do dano moral, em regra, não causará nenhum desvirtuamento ou retardamento da atividade instrutória a ser realizada na esfera criminal, a qual deverá recair, como ordinariamente ocorre, sobre o fato delituoso narrado na peça acusatória; desse fato ilícito – se comprovado – é que o juiz extrairá, com esteio nas regras da experiência comum, a existência do dano à esfera íntima do indivíduo.⁵⁹

Foi, entretanto, no julgamento do Recurso Especial nº 1.675.874/MS, submetido ao rito dos recursos repetitivos, que, em voto magistral da lavra do Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento sobre a possibilidade do reconhecimento do dano moral *in re ipsa*, manifestando-se também pela exigibilidade de pedido na inicial acusatória:

RECURSO ESPECIAL - RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ) - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO MÍNIMA - ART. 397, IV, DO CPP - PEDIDO NECESSÁRIO - PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL - DANO *IN RE IPSA* - FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO - 1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras

⁵⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.651.518/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Julgado em: 01.06.2017, DJe 13.06.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700217158&dt_publicacao=13/06/2017>.

do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os Verbetes Sumulares nºs 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei nº 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói

ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. Tese: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da

parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.⁶⁰

Em seu voto, o Ministro Rogerio Schietti Cruz admite serem passíveis de reconhecimento tanto o dano moral quanto o dano material na fixação do valor mínimo indenizatório, na sentença criminal, consoante segue:

Ainda que uma ou outra voz doutrinária considere de melhor amplitude tal previsão normativa, que alcançaria apenas os danos materiais (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 822; POLLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1182), melhor compreensão, a meu aviso, teve a doutrina liderada, *inter alia*, por autores como Gustavo Badaró (*Processo penal*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 538) e Paulo Rangel (*Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 601) até porque se alinha à já pacífica jurisprudência desta Corte Superior, de que a indenização da qual trata o citado dispositivo legal contempla as duas espécies de danos: o material e o moral.⁶¹

A par dos precedentes apontados, a fixação do valor mínimo indenizatório, para alguns estudiosos, continua esbarrando na lacuna legal que deixou de prever as espécies de danos e os critérios a serem observados pelo juiz criminal, a quem o legislador atribuiu a aplicação da norma, no âmbito da sentença criminal condenatória.

Não obstante, a partir da análise evolutiva das decisões que abarcam a matéria, verifica-se um salto qualitativo em relação à efetividade das garantias constitucionais, que nos remete aos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, o qual propõe, do ponto de vista metodológico, unir a técnica jurídica com a ética dos

⁶⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.675.874/MS, 3ª Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Julgado em: 28.02.2018, DJe 08.03.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669780&num_registro=201701403043&data=20180308&formato=pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁶¹ Vide nota anterior.

direitos humanos. Para o jusfilósofo, “*la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano*”⁶².

3 DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS À VÍTIMA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

3.1 A RESPONSABILIDADE ANTE AS DIFERENÇAS

A ideia moderna de Estado entende a sociedade como sendo constituída de indivíduos, baseando-se na valorização do ser humano e prezando por uma ética da alteridade.

Conforme Dumont, desde quando o indivíduo passou a ser um indivíduo-no-mundo⁶³, entendido como o indivíduo que representa uma amostra individual da espécie e com um valor, que lhe permite ser moral, independente, autônomo e essencialmente não social⁶⁴, é que ele passou a ser mais compreendido e respeitado.

Mas foi Levinas⁶⁵ que sugeriu uma ética voltada para o respeito ao outro, trazendo como ponto de partida a alteridade, conceito este bem explicado por Timm quando refere:

O sentido propriamente dito de alteridade – vem do *outro* – o além do ser e de suas determinações, e, ao chegar a mim, pelo fato de chegar a mim, fala uma língua própria, uma linguagem cuja chave compreensiva não se encontra no universo da minha imanência intelectual ou dos invariáveis e dos absolutos, mas no processo de seu dizer, ou seja, no processamento da relação.⁶⁶

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, p. 26.

⁶³ DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 37.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁵ A obra de Levinas elucida o que se poderia compreender como uma razão ética, abordando a racionalidade enquanto determinação específica do agir humano (SOUZA, Ricardo Timm. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, Adorno, Bérqson, Derrida, Levinas e Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 167).

⁶⁶ Souza, 2004, p. 172.

Sob essa ótica, apenas dentro da capacidade que o *mesmo* tem de aprender sobre o *outro* é que vai poder aprender sobre ele, sendo isso muito pouco, de acordo com o pensamento levinasiano. Notadamente, “quando levamos realmente a sério o fato de que o Outro – o humano propriamente dito – não é senão a multiplicidade, [...] que eu não posso sintetizar de forma alguma em uma unidade sob o risco de violentar o essencial do ser humano: sua humanidade”⁶⁷.

Alude Timm que “o pensamento ocidental desdobra-se fundamentalmente como uma obsessiva redução da multiplicidade à unidade”⁶⁸. A propósito, discorre:

O sujeito moderno falhou com suas promessas, não foi capaz de sustentar a responsabilidade pelo que não é ele, criado e educado que foi para sustentar-se apenas a si mesmo na solidão de uma razão onipotente e omnideterminante, e cujo mero exercício da liberdade determinava já toda a justificação que esse exercício demandava. Porém, agora, após as grandes crises do século XX, a minha ideia de subjetividade não é mais suficiente para a sustentação de minha subjetividade real – eis uma das mais dolorosas descobertas da consciência contemporânea⁶⁹ – a qual se sustentará, agora, na efetividade dos atos que assumem sentido enquanto suporte da alteridade.⁷⁰

A crise de fundamentos e seus efeitos, sentidos hoje, herdamos de nossa tradição, cujos padrões são insuficientes para a compreensão de nosso momento histórico e para a captação das motivações civilizatórias⁷¹.

Por isso, é a responsabilidade ante as diferenças que se deve analisar quando da aplicação do Direito, visto que “as condições possíveis de uma

⁶⁷ SOUZA, Ricardo Timm. *Entorno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

⁶⁸ Souza, 2008, p. 26.

⁶⁹ Ibidem, p. 28.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Ibidem, p. 123.

condição de ser humano, que faça justiça ao essencial do humano concreto, não se baseia em cartas de boas intenções, mas em ações éticas”⁷².

Para Timm, a razão tem que ser replanejada, novamente arquitetada, sendo necessário “mergulhar nas exigências do mundo e dali extrair condições para um redimensionamento radical, para o estatuto de legitimação da racionalidade, uma racionalidade que se anuncia ousadamente, plural”⁷³. Isto porque as pessoas são plurais.

Diante disso, partindo-se de uma ética da alteridade, é dizer, do respeito ao outro e às diferenças, deve o processo penal e as suas particularidades se desenvolver.

Portanto, ante essa pluralidade, a reparação do dano na sentença criminal há que ser vislumbrada não apenas pela perspectiva da vítima, mas em face também da observância às garantias constitucionais do acusado, possibilitando-lhe a ampla defesa e o devido processo legal.

Notadamente, o tema não é de simples compreensão ou aplicação; a toda evidência, exsurge ancorado em bases bem mais profundas que as ora apresentadas.

3.2 A ALTERAÇÃO PARA O SISTEMA DE ADESÃO CIVIL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Objetivando, pois, a reforma global do Código de Processo Penal, encontra-se em tramitação o projeto do novo Código de Processo Penal, elaborado por uma comissão de juristas, coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça.

O projeto do novo Código de Processo Penal⁷⁴, que inova radicalmente em alguns pontos e apresenta-se conservador em outros, conforme reconhecido pela própria Comissão, foi votado e aprovado pelo Senado Federal, seguindo para análise e votação na Câmara dos Deputados.

⁷² *Ibidem*, p. 29.

⁷³ *Ibidem*, p 89-90.

⁷⁴ PL 8.045/2010, originário do PLS 156/2009.

Consoante salientado, na exposição de motivos do anteprojeto⁷⁵, subscrita pelo Ministro Hamilton Carvalhido, Coordenador da Comissão, e, pelo Relator-Geral, Eugênio Pacelli de Oliveira, “do ponto de vista instrumental, o anteprojeto acolhe os méritos de recentes reformas da legislação processual penal”⁷⁶, que alteraram os procedimentos em processo penal.

Segundo esclarecem no mesmo texto, “a experiência judiciária cuidou de demonstrar algumas dificuldades imediatas na aplicação de determinadas normas, fruto das particularidades concretas de situações específicas, a recomendar um novo acomodamento legislativo”. Essas dificuldades foram constatadas quando do exame das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Além disso, resta bem claro na justificação que a ação penal e a eventual necessidade de aplicação de sanção penal “somente se legitimam no interesse público, não se encontrando à disposição dos interesses e motivações do particular, ainda que seja a vítima”⁷⁷. Tal posicionamento coaduna-se com o entendimento de Timm, de modo a não permitir que haja a redução da multiplicidade à unidade.

Na nova lei, destaca-se importante alteração da posição da vítima no contexto processual penal, segundo exposição dos legisladores:

Convergem para ela inúmeras atenções, não só no plano de uma simbologia necessária à criação e ao fomento de uma cultura de respeito à sua contingente condição pelos órgãos públicos, mas no interior do próprio processo, admitindo-se agora, e à maneira que já ocorre em muitos países europeus, a adesão civil da vítima ao objeto da ação penal.⁷⁸

⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁷⁶ Lei nº 11.689, Lei nº 11.690 e Lei nº 11.719, todas do ano de 2008, além da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009.

⁷⁷ Ainda na Exposição de Motivos.

⁷⁸ Projeto de Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A6B96F2875978675FFBBC12EDC4D06A9.proposicoesWeb1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 20 jun. 2018.

O Projeto de Lei⁷⁹, em seu art. 90, traz a conceituação da figura da vítima no processo penal:

Art. 90. Considera-se “vítima” a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.

Em vista disso, a vítima poderá ingressar nos autos, não só como assistente da acusação, mas também como *parte civil*, ou em ambas as posições, o que, processualmente, lhe possibilita ser contemplada na sentença penal condenatória.

A parte civil deverá estar representada judicialmente por seu advogado, e, caso não disponha de condições para custear um, ser-lhe-á nomeado defensor público, ainda que somente para fins do ato de adesão civil à ação penal.

Quanto à matéria, cumpre registrar que a possibilidade de ingresso no processo como parte civil estende-se aos familiares próximos e ao representante legal:

Art. 92. Os direitos previstos neste Capítulo estendem-se, no que couber, aos familiares próximos e ao representante legal, quando a vítima não puder exercê-los diretamente, respeitadas, quanto à capacidade processual e legitimação ativa, as regras atinentes à assistência e à parte civil.

Na mesma senda, visando não deixar dúvidas sobre os direitos inerentes à pessoa da vítima no processo penal, mas deixando claro não pretender esgotá-los, dispõe o art. 91 do Projeto:

Art. 91. São direitos assegurados à vítima, entre outros:

I - ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;

⁷⁹ Idem.

II - receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;

III - ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;

IV - reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe forem subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;

V - ser comunicada:

a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime;

b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia;

c) do eventual arquivamento da investigação, nos termos do art. 39;

d) da condenação ou absolvição do acusado;

VI - obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;

VII - ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da *adesão civil à ação penal* e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;

VIII - prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;

IX - ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada a ordem prevista no *caput* do art. 276;

X – peticionar às autoridades públicas para se manifestar a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo, bem como manifestar as suas opiniões;

XI – obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegura a assistência de defensor público para essa finalidade;

XII – intervir no processo como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;

XIII – receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;

XIV – receber assistência financeira do Poder Público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;

XV – ser encaminhada a casas de abrigo ou programas ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso;

XVI – obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores. (grifo nosso)

Assim, após reconhecer na exposição de motivos ter buscado uma fórmula menos ambiciosa que a utilizada em outros países, tal como Portugal e Espanha, porém mais ágil e eficiente que estas, o projeto do novo Código de Processo Penal traz expresso em seu texto a adoção pelo sistema de *adesão facultativa*:

Adesão civil facultativa

Art. 272. Com ou sem adesão civil, o juiz mandará citar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias.

Alguns doutrinadores já vinham defendendo a ideia de que, para a conformidade constitucional e consequente viabilidade de acesso à reparação

de danos civis pela vítima, no âmbito criminal, há necessidade de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de adesão civil.

Roberto de Abreu é um dos defensores dessa ideia:

[...] deve inserir-se o processo de adesão da parte civil no processo penal – *de lege ferenda* – no sistema jurídico brasileiro, por opção da vítima, sem prejudicar sua preferência para a utilização da ação civil separada da ação penal [...] O pedido de adesão da vítima à ação penal constitui instrumento de prevenção de incidentes processuais e de legitimação da ação civil no processo penal brasileiro objetivando o acesso à vítima à reparação de danos civis causados pelo ilícito criminal.⁸⁰

Comparativamente à aplicação da reparação, prevista na Lei nº 11.719/2008, o tratamento dado aos dispositivos que alteram o Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso, apresenta-se completamente diverso.

Uma diferença nuclear se perfaz no momento da ampliação do objeto do processo penal, eis que, no diploma legal de 2008, existe a possibilidade de o réu ser surpreendido com o alargamento referente à indenização na fase decisória, enquanto que, no projeto de lei de 2009, isso não ocorre. O objetivo deste é que a vítima promova a adesão civil à imputação penal antes do recebimento da denúncia e da resposta do acusado, ou seja, no início do procedimento, de modo a introduzir na ordem jurídica brasileira a parte civil e permitir o contraditório⁸¹.

3.3 O DANO MORAL COMO OBJETO DA INDENIZAÇÃO

No intuito de pôr fim à discussão sobre quais danos poderiam ser considerados para efeito de fixação da indenização no âmbito da sentença

⁸⁰ SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia da atuação da vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56-57.

⁸¹ No Direito espanhol: “Com arreglo al art. 108 L.E. Cr., el Ministerio Fiscal ha de entablar la acción civil juntamente con la acusación, haya o no en el proceso acusador particular, a no ser que el ofendido hubiere renunciado expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización [...] pero ejercitada solo la acusación, se entenderá utilizada también la acción civil, a no ser que el perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal [...]” (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires, 1935. p. 185).

criminal, optaram os legisladores pelos danos morais, justificando ter se mostrado “o mais adequado, para o fim de se preservar a celeridade da instrução criminal, impedindo o emperramento do processo, inevitável a partir de possíveis demandas probatórias de natureza civil”⁸².

Atentos, ainda, às dificuldades empíricas advindas em face das alterações introduzidas pela Lei nº 11.719/2008, “que permitiu a condenação do réu ao pagamento apenas de parcela mínima dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos efetivamente comprovados”⁸³, ressaltam os legisladores que “a sentença penal condenatória poderá arbitrar indenização pelo dano moral causado pela infração penal, sem prejuízo da ação civil, contra o acusado e o eventual responsável civil, pelos danos materiais existentes”⁸⁴.

Assim, consta do projeto de lei:

Art. 423. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

IV - arbitrar o valor da condenação civil pelo dano moral, se for o caso;

V - declarará os efeitos da condenação, na forma dos arts. 91 e 92 do Código Penal;

[...].

Por esse dispositivo é que se insere a figura da reparação do dano no processo penal, permitindo o ressarcimento do dano moral, ocasionado pelo crime, que poderá ser executado tanto no juízo cível quanto no criminal.

A diferença mais relevante do projeto decorre justamente da delimitação dos danos passíveis de reparação, à medida que o objeto da indenização abrange tão somente os danos morais derivados diretamente do fato delituoso descrito na imputação.

Exsurge, entretanto, que a indenização civil no processo penal, assim como na sistemática vigente, resultará circunscrita à condenação. A par de o projeto estabelecer apenas a possibilidade de fixação de valor para compensar

⁸² Exposição de Motivos da PLS 156/2009.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

os danos morais, ao ser instaurado um processo cível para tal fim, abrir-se-á um vasto rol de possibilidades.

Apenas para exemplificar, a Súmula nº 387⁸⁵ do Superior Tribunal de Justiça prevê a possibilidade de cumulação entre dano estético e moral. Este, na esfera penal, deve ser entendido como o dano violador da personalidade, ou seja, da própria dignidade da pessoa humana: o dano moral *in re ipsa*.

Todavia, até mesmo esse instrumento não está distante de qualquer crítica. Em contraposição à ideia de adesão civil, argumenta-se pela inconstitucionalidade do instituto, na medida em que haveria, em especial, desproteção do acusado e impossibilidade de produção de provas pela natureza distinta do objeto dos processos.

Nessa direção, acena Greco Filho:

Essa prática será terrivelmente danosa e perturbadora para o processo penal, porque a discussão derivar-se-á para a indenização civil, desviando o curso e objeto do processo [...] que será fatalmente perturbado, devendo, então, remeter as partes para o juízo cível competente.⁸⁶

Em sentido contrário, Figueiredo Dias sustenta:

A indiscutível ajuda que o processo de adesão presta ao fim retributivo e preventivo da pena [...] incentivando inclusivamente (o que é cada vez mais importante) a colaboração dos particulares na luta contra a criminalidade; e, não por último, o fato de lhe poderem estar ligadas certas vantagens processuais, como a exclusão de julgamentos contraditórios e a indiscutível economia processual que comporta.

Quanto a nós, porém, a sua maior vantagem, que o torna um instrumento indispensável em qualquer Estado-de-direito social dos nossos dias, reside em permitir uma realização mais rápida, mais barata e mais eficaz do direito do lesado à indenização.⁸⁷

⁸⁵ Súmula nº 387 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

⁸⁶ Greco Filho, 2009, p. 318-319.

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, v. 1, 1974. p. 562.

Sobre o tema, Alexandre Câmara aduz ser “absolutamente essencial que isso tenha sido pedido, sob pena de se ter uma sentença incongruente”⁸⁸. Adverte, porém, que representaria o reconhecimento da competência do juízo criminal para o processo civil que tivesse por objeto a reparação do dano advinda de um delito⁸⁹.

Há, todavia, quem entenda que as desvantagens trazidas pelo instituto serão maiores que as vantagens de sua aplicação, pelo fato de que o processo penal pressupõe paridade entre o órgão de acusação e de defesa, circunstância que seria afetada pela adesão civil à imputação penal. A adesão civil poderá induzir a um desequilíbrio nessa relação pelo manifesto reforço na acusação.

Nessa abordagem, Goldschmidt chama a atenção, para a combinação de elementos processuais civis e penais. Refere que:

*El proceso acusatorio ha configurado el proceso penal según el modelo del proceso civil como un “actus trium personarum”. [...] Pero por eso no hay que construir el proceso acusatorio mecánicamente según el proceso civil. La situación jurídica del querellante es completamente otra que la del actor.*⁹⁰

Certo é, porém, que o novo Código de Processo Penal outorgará ao juiz criminal competência para fixar indenização, na sentença condenatória criminal, tomando por base tão somente os danos morais sofridos pelo ofendido.

Cabe, pois, assentar o conceito atribuído a dano moral, trazendo para tanto a descrição dada por Núñez:

Daño moral es el agravio moral que el delito ha hecho sufrir la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas (art. 1.078). Es lo que la doctrina alemana, con una expresión gráfica, llama el precio de las lágrimas, esto es, el precio de los sufrimientos causados por el delito al afectar la seguridad o el sentimiento de seguridad personal del damnificado (mediante el daño de su cuerpo o de su salud, o mediante la privación de su

⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei nº 11.179/2008. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 10, n. 56, p. 74, jun./jul. 2009.

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

⁹⁰ Goldschmidt, 1935, p. 49.

*libertad personal, o atemorizándolo de alguna manera etc.), o perturbando el tranquilo goce de sus bienes (mediante el uso violento de su inmueble, o la sustracción de su cosa, o la ofensa de su honor, o la violación de su secreto, etc., etc.), o, en fin, hiriendo sus afectos legítimos (mediante el homicidio del pariente, o la lesión de este etc.).*⁹¹

Como critério para sua quantificação, é cabível agregar à valoração do prejuízo moral o conteúdo da norma do art. 994 do Código Civil brasileiro, a fim de também considerar “a gravidade da falta jurídica cometida: intencional (dolo direto ou indireto), não intencional (negligência, imprudência ou imperícia) ou se responde objetivamente independente de culpa”⁹². Diz a norma:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Estabelecidas, pois, as questões de maior relevância acerca do assunto, importa sinalar que o processo da adesão civil, em sendo aplicado de acordo com os princípios fundamentais, em conformidade com o sistema acusatório e respeitando o devido processo legal, poderá constituir-se em importante instrumento dentro do processo penal, por sua função preventiva e repressiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No dizer de Pontes de Miranda,

o homem que causa damno a outrem, não prejudica sómente a este, mas á ordem social; a reparação para o offendido não adapta o culpado á vida social, nem lhe corrige o defeito de adaptação. O que faz é consolar o prejudicado, com a prestação do equivalente ou, o que

⁹¹ NÚÑEZ, Ricardo C. *La accion civil para la reparacion de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1948. p. 56.

⁹² SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia da atuação da vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-18.

é mais preciso e exacto, com a expectativa jurídica da reparação.⁹³

Em seu magistério, o renomado jurista traduziu o que penso mais se aproxime do espírito que moveu o legislador a introduzir a reparação civil no âmbito penal.

O prejuízo alcança toda a sociedade, não apenas à vítima, restando a esta a expectativa da indenização, que, por sua vez, deve ser atendida de imediato, uma vez reconhecida a culpa do acusado, mediante a prolação da sentença condenatória.

É forçoso concluir, pelo que se extrai dos Códigos Processuais, que, após terem sido adotados sequencialmente os sistemas da adesão facultativa, da adesão obrigatória e da separação relativa das ações, as leis brasileiras sobre a matéria – posteriores à Lei nº 261/1841 – mantiveram o princípio da independência. Por outro lado, a legislação avança para a adoção do sistema da adesão facultativa e, nessa perspectiva, a tendência é uma crescente linearidade nos textos doutrinários sobre a matéria.

A toda evidência, a necessidade de uma adequação constitucional e sistemática do instituto mostra-se quase unânime, objetivo que se pode alcançar a partir da inserção da *parte civil* no ordenamento jurídico-processual brasileiro, como já ocorre em diversos outros países.

Os problemas vislumbrados pela doutrina e pela jurisprudência, consoante destacado no estudo, são de ordem procedimental e, ao que parece, sofrerão alteração adequada na reforma global do Código de Processo Penal que se anuncia, o que ensejará um estudo aprofundado acerca da atuação da parte civil, do Ministério Público e do magistrado, frente à adoção do sistema da adesão civil.

Muito embora a Lei nº 11.719/2008 não tenha se mostrado suficientemente clara e coerente no que tange à reparação mínima, ao anteceder forte tendência à aproximação das ações, tornou possível projetar um grande progresso em prol da vítima, oportunizando que a reforma global do Código de Processo Penal incorporasse o sistema da adesão civil facultativa.

⁹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Direito das obrigações. Das obrigações por actos ilícitos. Artigos 1.518 a 1.526. Rio de Janeiro: Jacintho, v. 16, parte 3, t. 1, 1927. p. 3.

De qualquer forma, em sendo adotada no Código Processual Penal brasileiro a adesão civil, esse sistema não poderá afastar-se da obrigatoriedade de observar os princípios constitucionais, e, em última via, o sistema acusatório.

Por outro lado, entendo que trará maior harmonia procedimental ao ordenamento, porque tem a finalidade de tratar da fixação da reparação do dano na esfera penal, utilizando-se do mesmo procedimento para definir a imputação penal e assegurar a composição civil dos danos, sem que haja violação ao contraditório, à ampla defesa e ao princípio da correlação.

O tema constitui uma das principais alterações no procedimento processual penal, a despeito de se ter destacado como uma questão polêmica prevista no rito atual, pois a abertura para a discussão sobre indenização civil não deixa de representar um acréscimo no objeto do processo penal. Ademais, ao limitar a reparação na sentença condenatória criminal aos danos morais, presta-se também a elucidar a controvérsia sobre a viabilidade ou não de fixação do dano moral no âmbito criminal.

Por oportuno, nunca é demais reiterar a importância do uso constitucionalmente adequado dos novos dispositivos que estão por vir, a fim de não se cair na inefetividade processual, o que vem ocorrendo frente à reforma parcial em matéria de reparação do dano.

Consequência disso - espera-se - será a diminuição das controvérsias jurisdicionais, o aumento da celeridade processual, bem como a diminuição dos recursos aos tribunais, evitando também a inefetividade da lei.

REFERÊNCIAS

ACRE. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://esaj.tjac.jus.br>>.

ARANDA FULLER, Paulo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. (Constituição, 1824). Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>.

_____. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104060/lei-32>>.

_____. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104058/lei-261-41>>.

_____. Projeto de Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>.

_____. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/>>.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/>>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei nº 11.179/2008. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 10, n. 56, jun./jul. 2009.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, v. 1, 1974.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires, 1935.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal brasileiro: pontos de contato com o direito estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 169, mar. 2009.

HAMILTON, Sergio Demoro. Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira: os procedimentos. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 5, n. 30, jun./jul. 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Direito das obrigações. Das obrigações por actos ilícitos. Artigos 1.518 a 1.526. Rio de Janeiro: Jacintho, v. 16, parte 3, t. 1, 1927.

NOVO Código Civil brasileiro: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. Prefácio Miguel Reale. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Reformas do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

NÚÑEZ, Ricardo C. *La accion civil para la reparacion de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1948.

PARANÁ. Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.jfpr.jus.br/>>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>.

SÃO PAULO. Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/>>.

SCARANCE FERNANDES, Antônio; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 678, abr. 1992.

SILVA, Roberto de Abreu e. *Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia da atuação da vítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Ricardo Timm. *Entorno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, Adorno, Bérgson, Derrida, Levinas e Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. São Paulo: JusPodium, 2009.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 15.05.2017 (Avaliador C)

Avaliado em: 25.05.2017 (Avaliador D)

Aceito em: 26.06.2018

SAÚDE MENTAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ANÁLISE DA DESINSTITUCIONALIZAÇÃO A PARTIR DOS INDICADORES E DO MONITORAMENTO INTERNO¹⁻²

MENTAL HEALTH AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE DEINSTITUTIONALISATION ANALYSIS FROM THE INTERNAL MONITORING DATA AND INDICATORS

Matheus Henrique dos Santos da Escossia³

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ),
Rio de Janeiro/RJ, Brasil

André Farah Alves⁴

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ),
Rio de Janeiro/RJ, Brasil

ÁREA(S) DO DIREITO: direito da saúde mental a partir da análise constitucional; direitos fundamentais; dos indicadores estabelecidos pelo políticas públicas. monitoramento interno. Serão avaliados

RESUMO: O presente artigo retrata a política pública de desinstitucionalização tanto os indicadores em âmbito federal, consolidados pelo Ministério da Saúde,

¹ Esse texto repercute parcialmente as pesquisas e discussões desenvolvidas no Grupo de Pesquisa “Democracia e Direitos Fundamentais: o controle procedimental da elaboração de políticas públicas em matéria de direitos”, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), coordenado pela Professora Dra. Ana Paula de Barcellos.

² Agradecemos ao Superintendente da Saúde Mental da Cidade do Rio de Janeiro, Leonardo Araújo de Souza, por todo apoio dispensado. Essa pesquisa não teria sido concluída sem sua imprescindível colaboração.

³ Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES). Assessor Jurídico no MPRJ. *E-mail:* matheushsescossia@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8487047516992062>>.

⁴ Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Promotor de Justiça. *E-mail:* andre_farah@terra.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8622368363787245>>.

quanto os do Município do Rio de Janeiro, produzidos pela Secretaria Municipal de Saúde. A interpretação desses dados será conclusiva no sentido de verificar a congruência da implementação da referida política pública com seus objetivos (*outcomes*), especialmente o relativo à mudança de paradigma de tratamento da saúde mental que visa romper com o modelo de internação (hospitalocêntrico). Além disso, a análise dessa correlação dará indícios de se a política pública de desinstitucionalização está alinhada com a dinâmica de concretização dos direitos fundamentais. A metodologia da presente pesquisa é a investigação de dados secundários (indicadores) produzidos pelo monitoramento interno, ancorada na abordagem teórica multidisciplinar entre direito (ao fornecer o arcabouço teórico relativo à política pública e aos direitos fundamentais) e psiquiatria (a fundar as balizas da “nova” forma de se tratar a saúde mental).

ABSTRACT: *The following paper concerns the health mental deinstitutionalization public policy from the internal monitoring indicators data. We will evaluate the indicators in a federal level, which were consolidated by the Health Ministry, and the indicators from the city of Rio de Janeiro, which were produced by the Health Municipal Secretary. By interpreting these data, we will be able to conclude if the public policy implementation is compatible within its outcomes, specially the one regarding the paradigm change over the health mental treatment, that aims to break the isolated model of treatment. In addition, by analyzing the compatibility of the public policy and its outcomes, we will be able to verify about the fundamental rights enforcement. The methodology applied in this research is investigate the secondary data (indicators) extracted by the internal monitoring, anchored in a multidisciplinary theoretical approach between law (since it provides the theoretical framework concerning public policies and fundamental rights) and psychiatry (since it gives the background for the “new” way of health treatment).*

PALAVRAS-CHAVE: saúde mental; desinstitucionalização; política pública; direitos fundamentais; indicadores.

KEYWORDS: *health mental; deinstitutionalization; public policy; fundamental rights; indicators.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Marco regulatório e objetivos da política pública de desinstitucionalização da saúde mental; 2 Dados do sistema de controle e monitoramento da desinstitucionalização: uma análise panorâmica em âmbito federal; 3 Dados do sistema de controle e monitoramento da desinstitucionalização: o (ainda) incipiente caso do Município do Rio de Janeiro; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Regulation milestone and objectives of the health mental deinstitutionalization public policy; 2 Control and monitoring system database about*

deinstitutionalization: a federal level sweeping analysis; 3 Control and monitoring system database about deinstitutionalization: the (still) incipient case of Rio de Janeiro City; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

A loucura sempre teve um quê de paradoxismo intrínseco. Transi-
tando por vezes ilesa entre os maniqueísmos que assombram a
experiência humana, esse paradoxismo é facilmente identificado a
partir da forma em que a loucura é tratada pelas artes, a qual é avessa da forma
que a sociedade a encara.

Nas artes, pense quantos escritores retrataram a loucura como objeto central de suas obras. Fiquemos com dois: seja a loucura como personificação, no *Elogio da loucura*, de Erasmo de Roterdã, seja com o mundo fantasioso de *Dom Quixote de la Mancha*, de Miguel de Cervantes. Ainda no campo das artes, incontáveis são as músicas em que alguém ficou “louco de amor”. Isso para não citar o “maluco beleza” Raul Seixas.

De maneira quase que antagonica às artes (daí o paradoxismo), a loucura não é tratada como um ideal romantizado pela sociedade. Pelo contrário. O paradigma predominante durante largo período de tempo foi o da exclusão e do isolamento. Tal como outras doenças, cite-se, por exemplo, a hanseníase⁵ e a tuberculose⁶, a loucura também deveria ser algo “invisível aos olhos da sociedade”, daí a existência do sistema manicomial⁷.

⁵ CASTRO, Selma Munhoz Sanches de; WATANABE, Helena Akemi Wada. Isolamento compulsório de portadores de hanseníase: memória de idosos. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos (Online)*, v. 16, n. 2, p. 449-487, 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702009000200010>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

⁶ BERTOLLI FILHO, Claudio. História social da tuberculose e do tuberculoso: 1900-1950. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/4/pdf/bertolli-9788575412886.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

⁷ Tomando por base a loucura como patologia, o seu tratamento durante muito tempo foi o isolamento, porém de duas maneiras diferentes. O primeiro isolamento era no sentido de marginalidade social, uma vez que os loucos eram recolhidos para abrigos (que durante a Idade Média se chamavam hospitais; porém, sem a conotação médica) e lá permaneciam em razão de sua inadequação social. No final do século XVIII, a partir da Reforma Psiquiátrica capitaneada por Phillippe Pinel, surge a figura dos manicômios, cujo pilar central seria conferir liberdade aos loucos dentro do manicômio. Todavia, o isolamento e a estigmatização perante a sociedade continuaram vivos. Cf. GUEDES, Ariane da Cruz; KANTORSKI, Luciane Prado; PEREIRA, Patrícia Mirapalheta; CLASEN, Bianca Neme; LANGE, Celmira; MUNIZ, Rosani Manfrin. A mudança nas práticas em saúde mental e a

A submissão dos loucos aos manicômios, além de dar ensejo ao aspecto de invisibilidade social que se abordará mais adiante, era considerada a melhor (senão a única) forma de tratamento. O modelo hospitalocêntrico, que primava pela internação dos pacientes com algum tipo de transtorno mental, só passou por uma progressiva transformação nos anos 70, aqui no Brasil, em que o isolamento e o tratamento apartado da sociedade começaram a ser questionados⁸.

Tem-se o início, então, da Reforma Psiquiátrica, cujo cerne é o processo de desinstitucionalização da saúde mental. O estopim, para tanto, passou por dois aspectos centrais. O primeiro deles foram as denúncias feitas pelos próprios trabalhadores do sistema mental (Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental – MTSM), que divulgaram as condições degradantes pelas quais os pacientes se encontravam submetidos, bem como violações de direitos humanos ocorridos no interior dos manicômios⁹. O segundo aspecto, não menos importante, diz respeito à evolução dos próprios conceitos da psiquiatria, ou seja, uma mudança de paradigma de qual seria a melhor forma de tratamento¹⁰.

A “nova” maneira de se lidar com quem os portadores de transtorno mental não os marginaliza da sociedade. Na verdade, a gradativa reinserção é parte integrante do tratamento proposto pela desinstitucionalização, que também preza pelo fechamento (ao menos redução de leitos) dos hospitais manicomialais. No entanto, a política pública de desinstitucionalização é abrangente e conta

desinstitucionalização: uma revisão integrativa. *Revista Eletrônica de Enfermagem* (Internet), v. 10, n. 3, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5216/ree.v12i3.8198>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

⁸ Cf. MESQUITA, José Ferreira; NOVELLINO, Maria Sallet Ferreira; CAVALCANTI, Maria Tavares. A Reforma Psiquiátrica no Brasil: um novo olhar sobre o paradigma da saúde mental. *XVII Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, ABEP, Caxambu, 2010; SOUZA, Vinícius Rauber e. Contrarreforma psiquiátrica: o modelo hospitalocêntrico nas políticas públicas em saúde mental no Rio Grande do Sul. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Porto Alegre, 2010.

⁹ RIO DE JANEIRO. *As residências terapêuticas no município do Rio de Janeiro: habitando a casa, a cidade e a vida*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Saúde, 2014. p. 10; VIOLA, Ana Clara. Longo caminho a percorrer na volta para a sociedade. O Ministério Público e a desinstitucionalização em saúde mental. Dissertação (Mestrado Profissional em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fiocruz. Rio de Janeiro, 2015. p. 22.

¹⁰ VENTURINI, Ernesto. A desinstitucionalização; limites e possibilidades. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 20, n. 1, abr. 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822010000100018&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 abr. 2016.

com diversos mecanismos “[...] que pressupõe(m) transformações culturais e subjetivas na sociedade [...]”¹¹.

A desinstitucionalização ocupa papel central no presente trabalho e o seu estudo contempla algumas justificativas subjacentes. As bases e o *turning point* verificados pela psiquiatria obviamente são motivos suficientes para abordar a desinstitucionalização e os seus mecanismos integrantes. No entanto, o principal fator pelo qual essa política pública será analisada diz respeito à tentativa de reinserir o portador de transtorno mental na sociedade.

Conforme discutido antes, excluir os portadores de algum tipo de transtorno mental da vida em sociedade naturalmente conduzia-os a um cenário de “invisibilidade social”¹². Com isso, como caracterizá-los como alguém que pudesse ter algum tipo de relevo na sociedade? E mais, como vislumbrar algum tipo de caracterização como “sujeito de direitos”? No interior dos manicômios, a internação e a cura eram premissas que estavam dissociadas desse modo de viver em sociedade (a reinserção social não fazia parte do elenco dos métodos de tratamento).

Muito embora a política pública se assente em questões médicas, tais como o melhor meio de se tratar a patologia e quais as melhores condições institucionais, ela diretamente acaba por promover a integração do paciente e, conseqüentemente, rompe com o *status* de “invisibilidade social”.

Ainda sobre esse cenário, os direitos fundamentais passam a constituir elemento crucial, ora, os portadores de patologia mental também são sujeitos de direitos. Nesse sentido, a política pública de desinstitucionalização deve ser avaliada a partir da lente da efetividade dos direitos fundamentais.

Por isso, tratar da desinstitucionalização da saúde mental significa, em certa medida, verificar um espectro de como o direito fundamental à saúde e,

¹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Reforma Psiquiátrica e política de saúde mental. Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas, nov. 2015. p. 10-11. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

¹² Ainda que o tema central do artigo de Jessé Souza seja sobre o preconceito racial, o aspecto da invisibilidade pode ser estendido a outros grupos, tais como os presos, os imigrantes de países vizinhos ao Brasil e dos loucos, este último objeto do presente texto (SOUZA, Jessé. A visibilidade da raça e a invisibilidade da classe: contra as evidências do conhecimento imediato. In: _____ (Org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 71-95.

de maneira mais abrangente, como o “direito a ter direitos”¹³ ganha modelagem na prática.

Capitaneada por essa justificativa central, o problema que surge é de qual seria a maneira mais apta a fazer a mensuração dessa efetividade. Nesse sentido, o controle da evolução da política pública passa por uma análise que leve a sério os dados fornecidos pelos “indicadores”, bem como o seu correspondente “monitoramento” interno e externo. Na literatura acerca de direitos humanos há uma vagueza sobre o que o termo “indicador” possa significar¹⁴. No entanto, a definição adotada por esse trabalho é a seguinte:

*A human rights indicator is a piece of information used in measuring the extent to which a legal right is being fulfilled or enjoyed in a given situation.*¹⁵

Assim, os indicadores darão as balizas necessárias, do ponto de vista estatístico, para avaliar como tem sido a dotação orçamentária subjacente à determinada política pública ou quais os objetivos ainda estão por serem alcançados, por exemplo.

O “monitoramento”, por sua vez, se caracteriza como o “passo adiante” a partir dos indicadores. Além do aspecto numérico-quantitativo que também faz parte da análise desse termo, o sistema de monitoramento se ocupa por acompanhar as políticas públicas e avaliar em que medidas elas estão sendo efetivas¹⁶.

Tomando por base essa forma de avaliação, a preocupação com relação às políticas públicas passa a ser “trifásica”, ou seja, com relação aos *inputs*, aos *outputs* e aos *outcomes*¹⁷.

¹³ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 332.

¹⁴ GREEN, Maria. What we talk about when we talk about indicators: current approaches to human rights measurement. *Human Rights Quarterly*, v. 23.4, p. 1076, 2001. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/13805>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

¹⁵ Tradução livre: Um indicador de direitos humanos é uma peça de informação usada em medir a extensão de quanto um direito tem sido realizado ou gozado em uma certa situação (Idem, *ibidem*).

¹⁶ JONES, Harry. A guide to monitoring and evaluating policy influence. London: Overseas Development Institute, 2011. p. 1. Disponível em: <<http://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/6453.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

¹⁷ NORTON, Andy; ELSON, Diane. What's behind the budget? Politics, rights and accountability in the budget process. London: Overseas Development Institute, 2002. p. 30-31. Disponível em: <<http://>

Os *inputs* consistem nos recursos que são alocados na implementação da política pública, ou seja, diz respeito predominante à parte orçamentária (a pergunta que sintetiza é “quanto?”). Os *outputs* consistem nas medidas de implementação da política pública (a pergunta que sintetiza é “como?”). E os *outcomes* significam os resultados pretendidos e alcançados (a pergunta que sintetiza “qual o objetivo?”).

Avaliar a concretização dos direitos fundamentais a partir dos indicadores e do monitoramento dessas três fases obviamente conseguiria traçar um panorama mais acurado sobre a correlação política pública *versus* efetividade. Além disso, a ênfase conferida aos *outcomes* contribuiria para traçar contornos mais nítidos acerca do *accountability* dos responsáveis pela execução das políticas¹⁸.

A transposição dessas premissas ao controle da política pública de desinstitucionalização da saúde mental será o foco central do presente trabalho. A razão da escolha da saúde mental para análise, ao invés de outras políticas relevantes que têm sido implementadas no Brasil, passa em grande parte pela justificativa citada no início da introdução, qual seja, a tentativa de romper com o ostracismo dos portadores de transtorno mental na sociedade. A caracterização desse grupo como um “sujeito constitucional”¹⁹, destinatário de direitos e parte integrante da sociedade, é verdadeiramente tecida por meio dos mecanismos que integram essa política.

Com base nessas premissas, o presente trabalho será estruturado da seguinte maneira: o capítulo seguinte se ocupará da análise do marco regulatório, dos mecanismos (*outputs*) e dos objetivos (*outcomes*) articulados por meio da política de desinstitucionalização.

O Capítulo 2 trará um panorama acerca dos indicadores em nível federal, de modo a mapear como tem sido o desdobramento da política e de suas respectivas estratégias por entre as regiões e as unidades federativas.

www.unicef.org/socialpolicy/files/What_is_behind_the_budget_NortonElson02.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2016.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ “[...] Consequentemente, o sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa. Da mesma forma, de modo consistente com essa tese, a identidade constitucional deve ser construída em oposição às outras identidades, na medida em que ela não pode sobreviver a não ser que permaneça distinta dessas últimas. [...]” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 26-27)

No Capítulo 3, serão abordados os indicadores da Cidade do Rio de Janeiro, com peculiar ênfase ao fechamento de leitos, que é um dos próprios *outcomes* perseguidos pela política de desinstitucionalização.

A análise dos dados (indicadores) colhidos a partir dos sistemas de monitoramento demonstrará em que medida os direitos fundamentais narrados como objetivos da política de desinstitucionalização estão sendo por ela concretizados.

1 MARCO REGULATÓRIO E OBJETIVOS DA POLÍTICA PÚBLICA DE DESINSTITUCIONALIZAÇÃO DA SAÚDE MENTAL

Conforme visto na introdução, a desinstitucionalização da saúde mental é contingente de uma mudança de paradigma do próprio tratamento da saúde mental. De um método que buscava a cura de quem sofria transtorno, isolando-o do mundo exterior (modelo hospitalocêntrico), passa-se a enxergar a importância da reinserção do portador de transtorno mental na sociedade como característica integrante do tratamento.

As discussões sobre o *turning point* no Brasil remontam à Conferência Nacional de Saúde Mental (CNSM), cujo primeiro encontro aconteceu em 1987 e o segundo em 1992²⁰. Nesses espaços de discussão, a desinstitucionalização passou a se encontrar no epicentro da Reforma Psiquiátrica e a ter lugar no Brasil. Além disso, mencione-se a Declaração de Caracas²¹, adotada pela Organização Mundial de Saúde, em 1990, que igualmente contribuiu para o fomento de discussões acerca de uma nova forma de se encarar a saúde mental.

Muito embora haja previsão do direito à saúde²² desde a Constituição de 1988, bem como os debates em torno de uma Reforma Psiquiátrica remontem

²⁰ ROSA, Abílio da Costa; LUZIO, Cristina Amélia; YASUI, Sílvio. As Conferências Nacionais de Saúde Mental e as premissas do modo psicossocial. *Saúde em Debate*, v. 25, n. 58, p. 12-25, mai./ago. 2001; Viola, idem.

²¹ OMS - Organização Mundial da Saúde. Declaração de Caracas, 14 nov. 1990. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude-mental/declaracao_caracas>.

²² “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

[...]

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

os anos 70 e 80, esse tema só alcança a densidade normativa em âmbito federal em 2001, com a Lei nº 10.216/2001, apelidada de Lei Paulo Delgado, doze anos depois da propositura pelo autor de mesmo nome²³.

Durante o período em que a Lei nº 10.216/2001 esteve em tramitação no Congresso, alguns entes federados dispuseram sobre a saúde mental, obviamente influenciada pelas situações mencionadas na introdução e no parágrafo anterior.

[d]esde 1992, existem nove²⁴ leis estaduais em vigor, inspiradas no Projeto de Lei Federal de autoria do deputado Paulo Delgado. Em todas, está prevista a substituição progressiva da assistência no hospital psiquiátrico por outros dispositivos ou serviços. Há incentivo para os centros de atenção diária, a utilização de leitos em hospitais gerais, a notificação da internação involuntária e a definição dos direitos das pessoas com transtornos mentais.²⁵

No entanto, a desinstitucionalização da saúde mental de maneira esparsa entre os entes federados tornava-a quase que inócua, visto que não se caracterizava uma rede vertical entre União, Estado (e Distrito Federal) e Municípios. Por isso a importância da Lei Paulo Delgado para a consolidação desse novo tipo de tratamento de modo integrado e uniforme²⁶.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016)

²³ O processo legislativo foi desatado pelo Projeto de Lei nº 3.657/1989, de autoria do Deputado Federal Paulo Delgado (BRASIL. Diário do Congresso Nacional, de 29 de setembro de 1989, Seção I, p. 10696-10697; RIO DE JANEIRO, Secretaria Municipal da Saúde, idem, p. 7).

²⁴ Em que pese haver menção a nove leis estaduais, nas pesquisas levadas a efeito e, inclusive, pela própria exposição do tema, pelo Ministério da Saúde do Brasil, foram, em verdade, identificados sete Estados diferentes com leis próprias, sendo que Minas Gerais contava com duas leis, além de o Distrito Federal, que, tecnicamente, não é um Estado.

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Secretaria de Atenção à Saúde. *Legislação em saúde mental: 1990-2004*. 5. ed. ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. p. 27.

²⁶ Tome-se como exemplo dois modos diferentes em que as legislações estaduais se debruçaram sobre o tema. A Lei Estadual nº 6.758/1995 do Rio Grande do Norte “apenas” proíbia a construção e ampliação de novos hospitais psiquiátricos. Por sua vez, a Lei Estadual nº 9.716/1992 do Rio Grande do Sul, em seu art. 2º, previa não só a desinstitucionalização, mas também narrava quais seriam os mecanismos

A Lei nº 10.216/2001 contém apenas doze artigos, razão pela qual esse diploma fica condicionado, conforme se verá a seguir, a ulteriores disposições infralegais como forma de reforçar seu conteúdo. Todavia, no ponto de vista normativo, aqui se consolida o *turning point* do tratamento da saúde mental percorrido na introdução. Por conseguinte, essa lei traz cores para o outrora invisível louco, e, não menos importante, passa a tratá-lo como sujeito de direitos.

Tomando emprestado o termo “objetificação”²⁷ do feminismo e transportando para o cenário de quem sofre com transtorno mental, a internação manicomial por vezes significava o fim dos vínculos sociais e afetivos dos pacientes. Assim, os hospitais psiquiátricos se transmudavam em verdadeiros “depósitos de loucos”, já que esse seria o habitual fim da história de boa parte dessas narrativas.

Tanto o colorido, em contrapartida à invisibilidade, quanto a personificação (reconstrução da identidade constitucional), em contrapartida à objetificação, podem ser tomados como os principais objetivos da Lei nº 10.216/2001, ainda que esses objetivos não estivessem evidenciados de maneira ostensiva na literalidade do texto. Nesse sentido, os *outcomes* da política de desinstitucionalização transcendem o próprio diploma legal.

No entanto, cumpre mencionar alguns *outcomes* que são expressamente previstos no texto, ainda que signifiquem apenas uma faceta do que seriam os objetivos da desinstitucionalização de modo mais abrangente. Cite-se o art. 2º, parágrafo único, inciso II, em que há a expressa previsão do tratamento com humanidade e respeito a quem sofre com transtorno e a preocupação com a

indispensáveis para tanto. Cf. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Lei nº 6.758, de 4 de janeiro de 1995. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/portal/_ups/legislacao//6.758.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016; ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 9.716, de 7 de agosto de 1992. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=15281&hTexto=&Hid_IDNorma=15281>. Acesso em: 20 abr. 2016.

²⁷ Fazendo desde já a ressalva de que a “objetificação” ou “coisificação” são categorias que no feminismo se alinham à ideia de que a mulher serve, simplesmente, como objeto para conferir prazer aos homens. Por razões mais do que óbvias, essa definição é incongruente com a utilização do termo no presente trabalho. Todavia, essa analogia acaba sendo válida no sentido de que o louco não é visto como ser humano, ou seja, está fora da caracterização da identidade do sujeito constitucional abordada na introdução. Assim, a ideia de “objetificação” faz a referência ao tratamento sem qualquer tipo de humanidade que os loucos vivenciavam (e ainda vivenciam) nos manicômios. Sobre a “objetificação” feminina, conferir NUSSBAUM, Martha C. Objectification. *Philosophy and Public Affairs*, v. 24, n. 4, p. 249-291, 1995; MACKINNON, Catherine. Desejo e poder. In: MIGUEL, L. F.; BIROLLI, F. (Org.). *Teoria política feminista: textos centrais*. Rio de Janeiro: Horizonte, 2013. p. 231-250.

sua reinserção em sociedade²⁸. Além disso, a ideia de internação hospitalar como *ultima ratio* da saúde mental, a qual é pedra angular na política de desinstitucionalização, está prevista no art. 4º da Lei²⁹.

De maneira didática, pode-se desenhar o seguinte quadro esquemático de quais seriam os *outcomes* e os *outputs* da política pública de desinstitucionalização da saúde mental.

<i>OUTCOMES</i>	<i>OUTPUTS</i>
1) Ruptura com a indivisibilidade social	1) Programa “De Volta Pra Casa”
2) Fechamento de leitos e fim (redução) do modelo hospitalocêntrico	2) Serviços Residenciais Terapêuticos
3) Efetividade dos direitos fundamentais	3) Centros de Atenção Psicossocial (CAPS)
	4) Rede de Atenção Psicossocial (RAPS)
	5) Programa de Desinstitucionalização (Fechamento de Leitos)

De antemão, é possível admitir que o primeiro *outcome*, qual seja, o resgate da indivisibilidade social (por meio do tratamento com humanidade e respeito e sua paulatina reinserção em sociedade) é de difícil mensuração, até porque é corolário de uma mudança na cultura da sociedade em como lidar com esse grupo estigmatizado. No entanto, por meio da mensuração do segundo *outcome*, qual seja, o fechamento de leitos e o abandono do modelo hospitalocêntrico, é possível fazer um exercício de dedução de em que medida o primeiro *outcome* está sendo concretizado.

E claro, a soma desses dois *outcomes* representaria um terceiro *outcome*, que seria a própria razão de ser da política pública, qual seja, a efetividade dos direitos fundamentais (em outras palavras, como a desinstitucionalização

²⁸ “Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

[...]

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando a alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

[...]” (BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016)

²⁹ “Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.” (BRASIL. Idem)

densifica os direitos fundamentais à liberdade, à saúde e à dignidade dos portadores de transtorno mental?)

Vamos a cada uma das estratégias (*outputs*) de desinstitucionalização.

1.1 PROGRAMA “DE VOLTA PRA CASA”

Na sequência da Lei nº 10.216/2001, a Lei nº 10.708/2003 tratou de criar o Programa “De Volta Pra Casa”, o qual também reforça a política de desinstitucionalização ao incentivar o acolhimento fora do hospital daqueles que se encontrem acometidos por transtorno mental. O principal mecanismo (*output*) consiste no auxílio-reabilitação psicossocial, que é um benefício pecuniário direcionado ao beneficiário (ou ao seu representante, em casos de incapacidade)³⁰. Logo, esse mecanismo tem como *outcome* imediato a reinserção dos loucos em sociedade, já que esse é o seu requisito de concessão.

1.2 SERVIÇOS RESIDENCIAIS TERAPÊUTICOS (SRTS)

Outro importante *output* e que também possui estreita consonância com os objetivos supramencionados diz respeito aos Serviços Residenciais Terapêuticos. Esse mecanismo é fruto de um diploma infralegal (Portaria nº 106/2000³¹ do Ministério da Saúde), que, conforme mencionado antes, se presta em reforçar a política de desinstitucionalização. E esse diploma antecede o próprio marco regulatório principal, a Lei nº 10.216/2001, também fruto dos debates que extrapolavam o âmbito legislativo.

Os Serviços Residenciais Terapêuticos são complementares ao “De Volta Pra Casa”, precisamente pelo fato de que aqueles possuem como premissa a ausência de vínculos familiares dos loucos. Ou seja, são moradias destinadas a quem sofre o transtorno mental e deve ser reinserido em sociedade; porém, não é sabido de familiares que possam fazer o acolhimento³².

³⁰ BRASIL. Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.708.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

³¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 106, de 11 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.saude.sc.gov.br/geral/planos/programas_e_projetos/saude_mental/portaria_106.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

³² “Art. 1º [...]”

Parágrafo único. Entende-se como Serviços Residenciais Terapêuticos, moradias ou casas inseridas, preferencialmente, na comunidade, destinadas a cuidar dos portadores de transtornos mentais, egressos de internações psiquiátricas de longa permanência, que não possuam suporte social e laços familiares e que viabilizem sua inserção social. (BRASIL. Idem)

A implementação dos Serviços Residenciais Terapêuticos é condicionado a um projeto terapêutico, o qual, de certa forma, deixa clara a consonância desse *output* com os *outcomes* da desinstitucionalização. O art. 4º da referida Portaria nº 106/2000 expressamente traz como diretrizes que devem fazer parte do projeto o seguinte: autonomia e reinserção social dos usuários, reabilitação psicossocial e percepção do usuário como cidadão e sujeito de direitos³³.

Mencione-se, ainda sobre os Serviços Residenciais Terapêuticos, que, por meio da Portaria nº 3.090, de 23 de dezembro de 2011, do Ministério da Saúde, repartiu as residências em duas modalidades (por isso os arts. 2º-A e 2º-B). O Tipo I é destinado a quem sofre com transtorno; porém, em processo de desinstitucionalização (ou seja, com menor grau de dependência). O Tipo II, por sua vez, a quem possui maior grau de dependência e cuidados permanentes.

1.3 CENTROS DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL (CAPS)

Tanto o “De Volta Pra Casa” quanto os Serviços Residenciais Terapêuticos são mecanismos que densificam a desinstitucionalização projetada a partir da Lei nº 10.216/2001. No entanto, o mecanismo mais importante são os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS)³⁴, pois esses são os instrumentos de tratamento de quem é acometido por transtorno mental. Em linhas gerais, o que será feito com os pacientes a partir daí é decorrente da análise dos CAPS. Por isso esse *output* representa elemento crucial na substituição do modelo hospitalocêntrico,

³³ “Art. 4º Estabelecer que os Serviços Residenciais Terapêuticos em Saúde Mental deverão ter um Projeto Terapêutico baseado nos seguintes princípios e diretrizes:

- a) ser centrado nas necessidades dos usuários, visando à construção progressiva da sua autonomia nas atividades da vida cotidiana e à ampliação da inserção social;
- b) ter como objetivo central contemplar os princípios da reabilitação psicossocial, oferecendo ao usuário um amplo projeto de reintegração social, por meio de programas de alfabetização, de reinserção no trabalho, de mobilização de recursos comunitários, de autonomia para as atividades domésticas e pessoais e de estímulo à formação de associações de usuários, familiares e voluntários.
- c) respeitar os direitos do usuário como cidadão e como sujeito em condição de desenvolver uma vida com qualidade e integrada ao ambiente comunitário.” (BRASIL. Idem)

³⁴ “Como já vimos, um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) ou Núcleo de Atenção Psicossocial é um serviço de saúde aberto e comunitário do Sistema Único de Saúde (SUS). Ele é um lugar de referência e tratamento para pessoas que sofrem com transtornos mentais, psicoses, neuroses graves e demais quadros, cuja severidade e/ou persistência justifiquem sua permanência num dispositivo de cuidado intensivo, comunitário, personalizado e promotor de vida.” (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde Mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. p. 13)

já que as estratégias de desinstitucionalização do paciente são traçadas por esse instrumento.

O art. 4º da Portaria nº 336, de 19 de fevereiro de 2002, do Ministério da Saúde³⁵ estabelece cinco tipos de CAPS, os quais se dividem conforme grau de complexidade e áreas. CAPS I, para Municípios com população entre 15.000 e 70.000 habitantes; CAPS II, para Municípios com população entre 70.000 e 200.000 habitantes; CAPS III, para Municípios com população superior a 200.000 habitantes. Além disso, há o CAPS i II, destinado para o tratamento de crianças e adolescentes. E o CAPS ad II e CAPS ad III³⁶, cujo foco são os dependentes químicos.

As cinco modalidades de organização de CAPS possuem características semelhantes, inclusive quanto ao seu funcionamento. Todavia, as distinções mais significativas passam pelo horário de funcionamento (por exemplo, o CAPS I só funciona em dias úteis, ao passo que o CAPS III tem funcionamento diário), equipe técnica e algumas outras funcionalidades (como, por exemplo, o CAPS III estar referenciado a um serviço de urgência/emergência geral).

1.4 REDE DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL (RAPS)

Os CAPS, juntamente com os outros mecanismos integrantes da política pública de desinstitucionalização da saúde mental, passaram a atuar de maneira integrada e articulada com o combate à dependência química, todos sob a égide do Sistema Único de Saúde. Essa integração passou a acontecer em 2011, por meio da criação da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), instituída pela Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011, do Ministério da Saúde. E, mais uma vez, a busca pela reinserção está entre os objetivos expressamente prescritos nesse dispositivo, em seu art. 4^{o37}.

Com isso, a luta por um modelo mais humanitário de tratamento da saúde mental, que é, sobretudo, efetivado por meio da desinstitucionalização, passa a ser uma bandeira que caminha lado a lado do combate aos que sofrem com a dependência química. A RAPS também contribui para o processo pedagógico

³⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 336, de 19 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.maringa.pr.gov.br/cisam/portaria336.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

³⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 130, 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0130_26_01_2012.html>. Acesso em: 26 mai. 2016.

³⁷ A human rights indicator is a piece of information used in measuring the extent to which a legal right is being fulfilled or enjoyed in a given situation

acerca desse *front*, já que se ocupa com estratégias educativas e de prevenção, como se depreende dos arts. 2º e 4º da Portaria nº 3.088/2011³⁸.

E não menos importante, a consolidação dessa rede torna mais claro o compromisso federativo (entre todos os entes federados) acerca da política de desinstitucionalização, já que o art. 14 traz as divisões de competência entre os entes³⁹, incluindo o sistema de monitoramento e avaliação como responsabilidade compartilhada entre eles.

1.5 PROGRAMA DE DESINSTITUCIONALIZAÇÃO

Por mais que todos os *outcomes* mencionados até o momento compusessem a política pública de desinstitucionalização, essa estratégia só foi narrada como tal por meio da Portaria nº 2.840, de 29 de dezembro de 2014, do Ministério da Saúde. Foi criado o Programa de Desinstitucionalização como estratégia de desinstitucionalização da RAPS.

³⁸ “Art. 2º Constituem-se diretrizes para o funcionamento da Rede de Atenção Psicossocial:

I – respeito aos direitos humanos, garantindo a autonomia e a liberdade das pessoas;

II – promoção da equidade, reconhecendo os determinantes sociais da saúde;

III – combate a estigmas e preconceitos;

[...]

VI – diversificação das estratégias de cuidado;

[...]

XI – promoção de estratégias de educação permanente;

[...]” (BRASIL. Idem)

“Art. 4º São objetivos específicos da Rede de Atenção Psicossocial:

I – promover cuidados em saúde especialmente para grupos mais vulneráveis (criança, adolescente, jovens, pessoas em situação de rua e populações indígenas);

II – prevenir o consumo e a dependência de crack, álcool e outras drogas;

III – reduzir danos provocados pelo consumo de crack, álcool e outras drogas;

[...]” (BRASIL. Idem)

³⁹ “Art. 14. Para operacionalização da Rede de Atenção Psicossocial cabe:

I – à União, por intermédio do Ministério da Saúde, o apoio à implementação, financiamento, monitoramento e avaliação da Rede de Atenção Psicossocial em todo território nacional;

II – ao Estado, por meio da Secretaria Estadual de Saúde, apoio à implementação, coordenação do Grupo Condutor Estadual da Rede de Atenção Psicossocial, financiamento, contratualização com os pontos de atenção à saúde sob sua gestão, monitoramento e avaliação da Rede de Atenção Psicossocial no território estadual de forma regionalizada; e

III – ao Município, por meio da Secretaria Municipal de Saúde, implementação, coordenação do Grupo Condutor Municipal da Rede de Atenção Psicossocial, financiamento, contratualização com os pontos de atenção à saúde sob sua gestão, monitoramento e avaliação da Rede de Atenção Psicossocial no território municipal.” (BRASIL. Idem)

Pode-se dizer que o caminho que vinha sendo traçado deságua nesse programa, que só reforça o paradigma de abandono do modelo hospitalocêntrico, construído progressivamente de maneira institucional ao longo dos últimos quinze anos. O art. 2º da referida Portaria aduz que

o componente Estratégias de Desinstitucionalização da RAPS é constituído por iniciativas que visam garantir às pessoas com sofrimento ou transtorno mental, e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, em situação de internação de longa permanência, o cuidado integral por meio de estratégias substitutivas, na perspectiva da garantia de direitos com a promoção de autonomia e o exercício de cidadania, buscando-se sua progressiva inclusão social.⁴⁰

Ora, observe que esse texto normativo reitera os *outcomes* mencionados, tais como descaracterização da invisibilidade social, emancipação do portador de transtorno mental como sujeito de direitos e o *outcome* numericamente mensurável, sua inclusão social.

Nesse sentido, o Programa de Desinstitucionalização⁴¹ reforça o arcabouço normativo já existente em prol da política pública de desinstitucionalização, por exemplo, por meio da criação de uma Equipe de Desinstitucionalização⁴² e novamente a previsão, a avaliação e o monitoramento desse Programa⁴³.

O marco regulatório a respeito da política pública de desinstitucionalização deixa claro que o abandono dos paradigmas de isolamento e repressão dos loucos

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.840, de 29 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt2840_29_12_2014.html>. Acesso em: 21 abr. 2016.

⁴¹ No trabalho, faremos a distinção entre Programa de Desinstitucionalização, para referir expressamente a Portaria nº 2.840/2014, e política pública de desinstitucionalização, essa mais abrangente e a envolver todos os mecanismos de desinstitucionalização da saúde mental, inclusive o Programa de Desinstitucionalização.

⁴² Art. 5º da Portaria nº 2.840/2014, do Ministério da Saúde (BRASIL. Idem).

⁴³ “Art. 20. A avaliação e o monitoramento do Programa de Desinstitucionalização serão realizados por meio de:

I - constituição de Comissão de Acompanhamento da execução das ‘Ações de Desinstitucionalização e de Fortalecimento da RAPS’, com cooperação técnica federal, estadual e municipal, e com representações das respectivas áreas de saúde mental; e

II - Grupo Condutor Regional da RAPS já constituído, que realizará o acompanhamento da execução das ‘Ações de Desinstitucionalização e de Fortalecimento da RAPS’, com cooperação técnica federal, estadual e municipal e com representações das respectivas áreas de saúde mental.” (BRASIL. Idem)

não mais persiste, ao menos não deve mais persistir. Fica evidente a quantidade de mecanismos que prezam pela reinserção social de quem sofre transtornos mentais (“De Volta Pra Casa”, Serviços Residenciais Terapêuticos, CAPS, RAPS e o próprio Programa de Desinstitucionalização).

Em que pese o “fim” dos hospitais psiquiátricos serem o objetivo imediato dessa política, os objetivos subjacentes, até mais relevantes do que esse, passam pela percepção de que quem sofre com transtorno mental é de fato sujeito portador de direitos fundamentais e que não pode carregar a pecha de estigmatizado.

Diante desse cenário, em que os objetivos se inter cruzam com os mecanismos trazidos pelo marco regulatório, torna-se imperiosa a avaliação dos dados obtidos a partir do sistema de controle e monitoramento da política pública de desinstitucionalização. O aspecto quantitativo inerente a esse tipo de controle é apto a ser conclusivo com relação à efetividade de direitos fundamentais. Em outras palavras, será possível analisar a equação políticas públicas x direitos fundamentais.

No capítulo seguinte, serão abordados os dados levantados a partir do sistema de controle e monitoramento da política pública de desinstitucionalização, tendo por base as considerações tecidas no parágrafo anterior.

2 DADOS DO SISTEMA DE CONTROLE E MONITORAMENTO DA DESINSTITUCIONALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE PANORÂMICA EM ÂMBITO FEDERAL

O marco regulatório mencionado no capítulo anterior contempla a política pública de desinstitucionalização de saúde mental com diversas estratégias para a concretização dos objetivos perseguidos por ela. No entanto, a realidade fática e a previsão normativa são caracterizadas por tensões⁴⁴, as quais nem sempre convergem em um mesmo sentido. Por esse motivo, os indicadores são o termômetro adequado para essa tensão, já que seus dados são elementos conclusivos para saber o tamanho da disparidade entre esses campos (normatividade *versus* faticidade).

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y e Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010; NEVES, Marcelo. *Entre Tênis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 115.

Diante deste contexto, o presente capítulo se ocupa em avaliar de maneira panorâmica os dados de monitoramento em âmbito federal (reitera-se que o monitoramento é responsabilidade compartilhada entre os entes federados, assim como sua competência para a execução). A análise pode ser taxada como panorâmica pelo fato dos dados “federais” serem muito mais úteis para mapear a política pública, do que propriamente analisar a consecução dos *outcomes* narrados a partir do marco regulatório.

Como assim mapeamento? No sentido em que são demonstradas as disparidades entre as Regiões e as unidades federativas (nos dados que são fragmentados entre esses espaços). Além disso, números que não façam essa fragmentação talvez sejam inconclusivos quanto à correlação com os objetivos, já que não levarão em conta as diferentes realidades brasileiras. Exemplifique-se: o aumento do número de beneficiários do Programa “De Volta Pra Casa” no Brasil todo pode demonstrar que a política pública tem sido mais utilizada, mas não é tão conclusiva quanto à análise em um Município ou Estado.

A verificação da concretização ou não dos *outcomes* seria mais precisa a partir da análise do monitoramento territorialmente delimitado, como será feita no capítulo seguinte, ao analisar dados do Município do Rio de Janeiro.

A base dos dados retratada no presente capítulo está no informativo do Ministério da Saúde “Saúde Mental em Dados 12”⁴⁵, lançado em 2015.

1) O primeiro dado a ser destacado diz respeito aos Núcleos de Apoio à Saúde da Família (Nasf) e à Equipe de Saúde de Família (eSF), que basicamente consistiriam na atenção básica de saúde mental para os Municípios que não capacitados com o CAPS, ou seja, Municípios de até 15.000 habitantes.

O primeiro gráfico⁴⁶ trazido sobre o Nasf e a eSF retrata aspectos quantitativos dos Municípios com população inferior a 15.000 habitantes, a corresponder 60,6% dos Municípios brasileiros e estimativamente 12% da população brasileira. Neste contexto, há 8.712 eSF, que se caracterizam como a menor unidade de amparo à saúde mental, e 1.671 Nasf estruturadas.

⁴⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde Mental em Dados*, Informativo Eletrônico, Brasília, ano 10, n. 12, out. 2015.

⁴⁶ BRASIL. *Idem*, p. 6.

A esse dado soma-se o segundo gráfico⁴⁷, que traz a quantidade de Municípios sem o Nasf, a saber, 50,5%. No entanto, 93,6% dos Municípios sem o Nasf possuem boa cobertura de eSF. Esses dados demonstram que, em maior ou menor medida, praticamente todo o território brasileiro já conta com alguma estratégia concernente à saúde mental, ainda que sua implementação necessite de maiores avanços e estruturação.

2) Na esteira desse primeiro dado, o segundo dado⁴⁸ que merece ser destacado é a expansão dos CAPS⁴⁹ no Brasil. Em 1998, primeiro ano com mensuração desse dado, existiam 148 CAPS espalhados pelo território brasileiro. Em 2014, esse número havia chegado a 2.209. Esse último número⁵⁰ é composto da seguinte maneira: 1.069 CAPS I, 476 CAPS II, 85 CAPS III, 201 CAPSi, 309 CAPSad e 69 CAPSadII.

3) O terceiro dado relevante consiste na proporção⁵¹ entre cobertura do CAPS e população de 100.000 habitantes por ano e unidade federativa. Desde 2002, quando esse indicador começou a ser apurado, até 2014 observa-se um salto no âmbito nacional, já que a proporção saltou de 0,21 para 0,86. Conforme o próprio gráfico indica, a cobertura muito boa é a partir da proporção 0,7 e há regiões em que esse índice já se supera, como no Nordeste e Sul (1,00 e 1,07, respectivamente) e Sudeste (0,79). A região mais deficitária é o Norte, com índice de cobertura 0,61.

No entanto, há a disparidade por entre os Estados. Por exemplo, no Sudeste, que conta com uma cobertura boa, o Espírito Santo tem um índice de 0,46, em que se caracteriza como cobertura regular/baixa. Por sua vez, no Norte, que é a região mais deficitária, Roraima conta com a proporção 1,21, no caso, uma das maiores do Brasil.

⁴⁷ BRASIL. Idem, p. 7.

⁴⁸ Observe que esse segundo dado “diz muito pouco” sobre a correlação dos mecanismos, no caso CAPS, com os resultados pretendidos, até porque não se aponta qual o número ideal de CAPS, tampouco o que esses números representam, a não ser o crescimento das instalações.

⁴⁹ BRASIL. Idem, p. 9.

⁵⁰ BRASIL. Idem, p. 10.

⁵¹ BRASIL. Idem, p. 11.

A utilidade desse terceiro dado, assim como os gráficos que mostram a evolução da taxa de crescimento⁵² e o mapa indicador de cobertura⁵³, é muito mais voltada para o aspecto de estratégia dos gestores do que propriamente conclusivo no tocante à reinserção do portador de transtorno mental na sociedade. Com relação aos direitos fundamentais e ao tratamento mais humanitário, outros *outcomes* investigados, é possível acreditar que tais números refletem um caminho nesse sentido. No entanto, conforme tratado no capítulo anterior, isso passa mais por um esforço de dedução do que propriamente uma análise acurada desses dados.

4) O quarto dado também se alinha na crítica do item 3, no sentido de que é muito mais útil para gestores do que conclusivo na correspondência dos *outcomes* da política pública de desinstitucionalização. Trata-se do tipo de CAPS existente em cada unidade federativa⁵⁴. O que de mais grave que se extrai a partir dessa informação é que três Estados (Rondônia, Espírito Santo e Mato Grosso) não contam com serviços 24 horas, ou seja, CAPS III e CAPSad III, e três Estados não contam com CAPSi habilitados (Acre, Roraima e Tocantins).

5) O quinto dado⁵⁵ diz respeito à correspondência entre Município elegível para CAPS (ou seja, a partir de 15.000 habitantes) e a quantidade de Municípios habilitados. No Brasil, há 2.259 elegíveis, dos quais 62,2% possuem CAPS habilitados. Entre os Estados, Piauí e Rio de Janeiro se destacam positivamente (100% e 94,6%, respectivamente), ao passo que Acre é o pior Estado com 28,6% dos Municípios habilitados.

6) O sexto dado é relevante com relação aos *inputs* da política de desinstitucionalização, uma vez que versa sobre a evolução dos recursos financeiros⁵⁶ endereçados aos CAPS. O *boom* do financiamento ocorreu em 2011, por meio da Portaria nº 3.089, de 23 de dezembro de 2011⁵⁷, muito em função da criação da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) mencionada no capítulo anterior e que unificou a política de saúde mental com a de dependência química.

⁵² BRASIL. *Idem*, p. 12.

⁵³ BRASIL. *Idem*, p. 14.

⁵⁴ BRASIL. *Idem*, p. 13.

⁵⁵ BRASIL. *Idem*, p. 15 e 16.

⁵⁶ BRASIL. *Idem*, p. 17.

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.089, de 23 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3089_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 26 mai. 2016.

7) O sétimo dado é que traz maior utilidade para a presente pesquisa, em que pese ainda ser concernente com os *inputs* da desinstitucionalização. Trata-se da proporção entre os recursos destinados à assistência hospitalar (ou seja, hospitais manicomial ou leitos para o tratamento de saúde mental) e os recursos destinados ao modelo de atenção comunitária/territorial (concernente às estratégias de desinstitucionalização supracitadas)⁵⁸. A leitura do gráfico denota uma relação inversamente proporcional entre essas grandezas, de modo que, a partir de 2006, a maior parte dos recursos se destina à segunda modalidade, em detrimento da assistência hospitalar.

Esse dado é apto a interpretar no sentido do abandono do modelo hospitalocêntrico, como debatido na introdução, bem como que, do ponto de vista da dotação orçamentária, a tendência é concretizar a reinserção do portador de transtorno mental em comunidade (entendimento contrário priorizaria investimentos na internação hospitalar). Com isso, ainda que de maneira panorâmica, a distribuição de recursos está alinhada com o objetivo relativo ao fechamento de leitos e fim do modelo hospitalocêntrico. Consequentemente, nesse aspecto é possível admitir que a política se aproxima da concretização dos outros dois objetivos presentes a partir do marco regulatório, quais sejam, a maior efetividade dos direitos fundamentais dos portadores de saúde mental e a quebra com sua indivisibilidade social.

8) O oitavo dado passa pela análise dos Serviços Residenciais Terapêuticos (SRTs), que são uma das principais estratégias de desinstitucionalização, conforme visto no capítulo anterior. Algo que soa alarmante diz respeito à quantidade de SRTs em funcionamento⁵⁹, porém, não habilitados (610 em funcionamento, ao passo que 289 apenas estão habilitados). Ou seja, mais de 50% dos SRTs não são habilitados, ou seja, não passam pela supervisão do Ministério da Saúde.

Nem todas as unidades federativas contam com o SRT (habilitado ou não), pelo menos até dezembro de 2014. Cite-se, como exemplo, Espírito Santo e Amazonas.

Entre os 289 SRTs habilitados⁶⁰, 160 são do tipo I e 129 do tipo II, contemplando 2.031 moradores (e se contemplar os SRTs não habilitados, esse

⁵⁸ BRASIL. Saúde Mental em Dados, *idem*, p. 18.

⁵⁹ BRASIL. *Idem*, p. 22.

⁶⁰ BRASIL. *Idem*, p. 23.

número chega a 3.475, aproximadamente). Frise-se também que o processo de habilitações pelo Ministério da Saúde se iniciou em 2013 (com 267 SRTs habilitados naquele ano)⁶¹.

9) O nono dado diz respeito ao Programa “De Volta Pra Casa”. Diferente dos SRTs, que se assentam em dados “soltos”, até pelo fato de sua mensuração ser recente, o “De Volta Pra Casa” já é passível de uma análise mais detalhada, visto que há monitoramento desde 2003, ano de sua criação.

O número de beneficiários⁶² saltou de 206, em 2003, para 4.349, em 2014, o que reforça de maneira substancial o cenário de desinstitucionalização e alcance dos objetivos narrados. Um número que merece atenção, todavia, diz respeito ao fato de que apenas 22 unidades federativas possuem Municípios cadastrados no Programa⁶³.

10) O décimo e último dado que merece análise diz respeito aos leitos em hospitais psiquiátricos. Ainda que a desinstitucionalização passe a se afirmar como paradigma e tratamento dominante, a internação não pode ser descartada de maneira completa. Isso porque há casos em que a patologia é de gravidade severa, o que demanda a internação como tratamento mais adequado.

Existem, no Brasil, 167 hospitais psiquiátricos com leitos vinculados ao SUS⁶⁴, sendo que estão distribuídos por entre 23 Estados (excetuam-se Rondônia, Roraima, Amapá e Tocantins). A quantidade total de leitos do SUS em hospitais psiquiátricos é de 25.988, em uma proporção de 0,129 leitos por 1.000 habitantes.

No entanto, o gráfico que mais interessa com relação a esse aspecto consiste na redução de leitos⁶⁵. Entre 2002 até 2014 houve uma queda acentuada, já que o número de leitos passou de 51.393, naquele primeiro ano mensurado, para 25.988 em 2014. Mais uma vez essa redução reforça a política de desinstitucionalização e os seus objetivos subjacentes.

⁶¹ BRASIL. *Idem*, p. 24.

⁶² BRASIL. *Idem*, p. 25.

⁶³ BRASIL. *Idem*, p. 26.

⁶⁴ BRASIL. *Idem*, p. 27.

⁶⁵ BRASIL. *Idem*, p. 28.

Outro ponto relevante está na mudança de perfil⁶⁶ dos hospitais psiquiátricos. Se, em 2002, o maior percentual dos leitos existentes ficava em hospitais com mais de 400 leitos (29,43%), em 2014 esse número inverteu para hospitais com até 160 leitos (48,62%). Ou seja, a ideia de tratar portadores de transtorno mental aos montes passa a dá lugar a um tratamento comunitário e, nos casos em que isso é inviável, que o tratamento seja ao menos individualizado. Neste último caso (patologias mais graves), opta-se pela internação em hospital de menor porte⁶⁷.

Todos os dez dados retratados anteriormente dão indícios; porém, são mais especulativos do que propriamente conclusivos quanto à congruência da política pública de desinstitucionalização e de seus objetivos. Por esse motivo, a análise feita nesse capítulo foi panorâmica, no sentido de expor os dados trazidos pelo informativo Saúde Mental em Dados.

A análise territorialmente delimitada é mais apta a trazer contornos mais nítidos quanto à equação que se avalia no presente trabalho. Assim, no capítulo seguinte serão analisados dados relativos ao Município do Rio de Janeiro, com o escopo de se verificar tal equação.

3 DADOS DO SISTEMA DE CONTROLE E MONITORAMENTO DA DESINSTITUCIONALIZAÇÃO: O (AINDA) INCIPIENTE CASO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

A análise da política da desinstitucionalização da saúde mental em nível federal soa inconclusiva, ao menos para o desiderato da presente pesquisa, qual seja, a análise da congruência entre objetivos (*outcomes*) e mecanismos (*inputs*), tomando como ponto de partida os dados relativos ao seu monitoramento.

Diante dessa constatação, maior pertinência estaria por detrás da análise territorialmente delimitada e, se possível, que contemplasse um lapso temporal amplo. Por esse motivo, no presente capítulo serão analisados dados do monitoramento da saúde mental no Município do Rio de Janeiro.

Se a análise federal panorâmica foi especulativa, tal recorte também traz consigo empecilhos. E desde já é possível antecipá-los: *i*) os dados municipais não são tão organizados como os federais; *ii*) nem todos os mecanismos (e, por

⁶⁶ BRASIL. Idem, p. 29.

⁶⁷ BRASIL. Idem, p. 30.

consequente, objetivos) apresentam indicadores ou algum tipo de informação numérico-quantitativa.

3.1 SERVIÇOS RESIDENCIAIS TERAPÊUTICOS (SRTS)

Os Serviços Residenciais Terapêuticos já foram percorridos no tópico 2.2, em que os contornos de sua caracterização e importância foram abordados. Esse mecanismo foi regulamentado em 2000, porém o Município do Rio de Janeiro já contava com um projeto de finalidade semelhante. A primeira experiência pública se deu em 1998, por meio do Projeto Lar Abrigado⁶⁸, coordenado pelo Instituto Philippe Pinel, que também consistia em um serviço extra-hospitalar de residência terapêutica, com possibilidade de atender até oito pacientes.

Além da experiência mencionada no parágrafo anterior, a tendência do Município era criar residências terapêuticas a partir de medidas tomadas pelos próprios institutos mentais de tratamento de saúde mental, quais sejam, Philippe Pinel, Juliano Moreira e Nise da Silveira⁶⁹.

Com relação ao aspecto quantitativo, é difícil fazer uma análise mais acurada sobre os SRTs no Rio de Janeiro, até porque os dados não estão sistematizados de maneira semelhante ao âmbito federal, debatido no capítulo anterior. Entre o material colhido acerca da saúde mental, as informações sobre esse mecanismo não seguem uma linearidade, que seria útil, por exemplo, para verificar a concretização dos objetivos da desinstitucionalização da saúde mental.

Em 2004, no Município do Rio de Janeiro, o total de SRTs era de 17, atendendo a 71 moradores⁷⁰. No entanto, existe um hiato a respeito desse mecanismo, e o número subsequente que se tem notícia é referente ao ano de 2010, com o total de 33 residências terapêuticas⁷¹, dividido da seguinte forma: 5 Residências Terapêuticas na área que abrange Copacabana, Lagoa, Rocinha e

⁶⁸ RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Saúde. Lar Abrigado por Instituto Philippe Pinel. Disponível em: <http://www.sms.rio.rj.gov.br/pinel/media/pinel_lar_abrigado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁶⁹ RIO DE JANEIRO. *As residências terapêuticas no município do Rio de Janeiro: habitando a casa, a cidade e a vida*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Saúde, 2014. p. 14 e 15.

⁷⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Residências terapêuticas: o que são, para que servem*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. p. 15.

⁷¹ RIO DE JANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2010, p. 60.

Botafogo, 2 Residências Terapêuticas para área de Méier, Inhaúma e Jacarezinho, 25 Residências Terapêuticas para Barra da Tijuca, Jacarepaguá e Cidade de Deus, e 1 para Realengo e Bangu⁷².

Esse lapso temporal denota que o avanço no tocante aos SRTs foi incipiente, já que no período de seis anos apenas 16 novas residências foram desenvolvidas. E mencione-se, como já exaustivamente dito nos capítulos anteriores, que essa é uma das principais estratégias de atendimento dos objetivos de redução do modelo hospitalocêntrico.

Os Relatórios Anuais de Gestão de 2011, 2012, 2014 e 2015 não trouxeram qualquer informação a respeito da criação de novas residências terapêuticas.

No Relatório de 2013⁷³, há uma clara sinalização de que o uso da ferramenta Serviços de Residência Terapêutica estagnou. Com efeito, é dito que uma das diretrizes do Município era

ampliar a rede de atenção psicossocial, com implantação de novos CAPS, novas Residências Terapêuticas e unidades de acolhimento, com desenvolvimento de ações de desinstitucionalização, de atenção psicossocial, de qualificação profissional e de matriciamento e com reforma e qualificação.

Porém, logo depois, apenas são apontadas metas de quantitativos de usuários previstas e executadas, da seguinte forma:

8.1.6 - Ação: USUÁRIO INSERIDO NOS SERVIÇOS RESIDENCIAIS TERAPÊUTICOS E NAS MORADIAS ASSISTIDAS - Meta Prevista: 395 USUÁRIOS. Meta Executada: 302 USUÁRIOS.

⁷² Divisão de áreas de planejamento em bairros extraída do Relatório Anual de Gestão 2009 RIO DE JANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão 2009, p. 14. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114103/RAG2009_versaofinal.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁷³ RIODEJANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2013, p. 60. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4138514/RAG2013aprovado.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

Até dezembro de 2013, existiam no Município do Rio de Janeiro 51 SRTs e 23 Moradias Assistidas, abrangendo um total de 315 pacientes⁷⁴.

A previsão entre os anos de 2014 e 2017, conforme Plano Municipal de Saúde, é de ampliar o número de usuários dos SRTs para 352⁷⁵.

E o último dado concreto que se obteve data de 2015, a partir do processo seletivo para escolher entidade sem fim lucrativo com o objeto de “dar apoio, gerenciamento, operacionalização e execução de ações e serviços para a manutenção e implantação dos Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT)”⁷⁶. Nesse edital, o quantitativo exato de residências terapêuticas é de 62.

Os números relativos aos SRTs demonstram que esse mecanismo tem sido pouco explorado com o intuito de alcançar o abandono do modelo hospitalocêntrico. Não bastasse a falta de dados mais acurados sobre ele, os números indicam que os avanços têm sido tímidos.

De qualquer modo, o Município do Rio de Janeiro apresenta um número expressivo de SRTs com relação ao próprio Estado do Rio de Janeiro (em 2014, havia 53 SRTs por todo o Estado⁷⁷ e, em 2015, já havia 62 apenas na capital). Sem contar que há Estados no Brasil que sequer possuem SRTs, conforme discutido no capítulo anterior.

Além disso, cumpre mencionar as dificuldades relativas à execução desse mecanismo. É recomendável que o paciente faça a transição da internação para o convívio em sociedade, levando em conta o meio em que foi criado e os seus vínculos sociais e familiares. Ou seja, é ideal que haja SRTs capazes de abranger as mais diversas áreas do Município. Todavia, a constituição das residências sofre os condicionamentos da especulação imobiliária e alto valor de determinadas zonas urbanas, o que pode ser um fator que contribua na explicação da dificuldade de expansão em maior escala dos SRTs.

⁷⁴ RIO DE JANEIRO. *As residências terapêuticas no município do Rio de Janeiro*: habitando a casa, a cidade e a vida. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Saúde, 2014. p. 15.

⁷⁵ RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Saúde. Plano Municipal de Saúde: 2014-2017, p. 102. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4128745/PMS_20142017.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁷⁶ Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro, ano XXIX, n. 63, p. 64, publicado em 19 de junho de 2015.

⁷⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde Mental em Dados*, Informativo Eletrônico, Brasília, ano 10, n. 12, p. 23, out. 2015. Acesso em: 26 mai. 2016.

3.2 CENTROS DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL (CAPS)

Assim como os SRTs, os dados relativos aos CAPS não contam como uma linearidade. A partir dos Relatórios Anuais de Gestão e dos Planos Municipais de Saúde, é possível extrair alguns indicadores que também fornecem uma espécie de panorama de como esse mecanismo, sublinhe-se, crucial para a política de desinstitucionalização conforme discutido no capítulo 2, tem sido executado.

Três são os indicadores verificáveis a respeito desse *output*: os números de usuários atendidos pelo CAPS, a quantidade de CAPS e a taxa de proporção com a cobertura a cada 100.000 habitantes.

A primeira sistematização desses indicadores veio com o Relatório Anual de Gestão de 2010⁷⁸. Até então, o Município contava com 19 CAPS (16 de responsabilidade do Município e 3 da rede federal ou estadual), tendo atendido naquele ano 5.000 usuários. Nesse documento, ainda não havia a menção da taxa de cobertura.

Atualmente, existem 30 CAPS⁷⁹ no Município do Rio de Janeiro, dos quais 3 pertencem à rede estadual ou federal. Os 26 de responsabilidade do Município se dividem assim: 13 CAPS (sendo que 9 são CAPS II e 4 CAPS III), 6 CAPSad (sendo que 4 CAPSad III e 2 CAPSad II) e 7 CAPSi⁸⁰, número esse inferior à meta prevista para 2014 no Plano Municipal de Saúde de 2014-2017⁸¹, que para 2014 seria de 30 unidades (e 38 até 2017).

Ainda conforme o referido Plano Municipal de Saúde, a meta até 2017⁸² seria atender 6.342 usuários por ano, número não tão superior aos 5.000 atendidos em 2010, conforme indicado antes. No entanto, reforça-se que a

⁷⁸ RIO DE JANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2010, p. 58. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114104/RAG2010.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁷⁹ RIO DE JANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2015, p. 9. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114104/RAG2015.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁸⁰ Essas informações foram extraídas na própria página do CAPS no *website* da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (www.rio.gov.br).

⁸¹ RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Saúde. Plano Municipal de Saúde: 2014-2017, p. 101. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4128745/PMS_20142017.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁸² RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Saúde. Plano Municipal de Saúde: 2014-2017, p. 102. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4128745/PMS_20142017.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

atuação do CAPS é crucial sobre qual a melhor maneira de tratar o usuário, com o escopo de alcançar um tratamento individualizado sobre sua patologia. Por isso, a massificação quanto à quantidade de usuários talvez não seja tão conclusiva quanto à taxa de cobertura, indicador tratado a seguir.

Com relação à taxa de cobertura do CAPS, essa só passou a ser indicada no Relatório de 2011⁸³, que naquele ano era de 0,27 a cada 100.000 habitantes. Conforme visto no capítulo anterior, a cobertura considerada boa é 0,7 para cada 100.000. Ou seja, naquele momento a abrangência do CAPS era insuficiente.

Esse índice pula para 0,33 em 2012⁸⁴. Os Relatórios de 2013 e 2014 não trazem qualquer indicador expressivo a respeito do CAPS⁸⁵. E a taxa só é mencionada no Relatório de 2015⁸⁶, em que a cobertura alcançou a proporção de 0,52, inferior à meta de 0,63 prevista no Plano Municipal de Saúde de 2014-2017⁸⁷.

Nesse sentido, a cobertura do CAPS no Município do Rio de Janeiro aumentou nos últimos cinco anos; porém, ainda não pode ser tida como muito boa.

Apesar disso, verifica-se que o CAPS já é uma realidade na política de desinstitucionalização do Rio de Janeiro, de modo que a consolidação desse mecanismo permite crer na concretização dos objetivos dessa política.

3.3 REDUÇÃO DE LEITOS HOSPITALARES

O fechamento de leitos hospitalares é um dos objetivos da política de desinstitucionalização da saúde mental, tal como foi discutido no segundo

⁸³ RIODEJANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2011, p. 24. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114105/RAG2011.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁸⁴ RIODEJANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2012, p. 18. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114105/RAG2012.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁸⁵ Salvo quanto à questão orçamentária e das metas traçadas naquele ano, que não é conclusiva para o presente trabalho.

⁸⁶ RIODEJANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2015, p. 18. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114105/RAG2015.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁸⁷ RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Saúde. Plano Municipal de Saúde: 2014-2017, p. 85. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4128745/PMS_20142017.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

capítulo. E mais: a análise desse indicador é a forma mais conclusiva de se avaliar a política de desinstitucionalização à luz da concretização de seus objetivos, uma vez que a ruptura da indivisibilidade social e a efetivação dos direitos fundamentais não são explicadas (salvo por um exercício de dedução) dos dados referentes ao fechamento de leitos.

Em linhas gerais, a redução dos leitos hospitalares talvez seja o aspecto mais significativo para a presente pesquisa, já que sua análise é capaz de traçar contornos mais nítidos de se a política pública está em consonância com (um de) seus objetivos.

Antes de se avaliar os números obtidos sobre esse tópico, cumpre reforçar que a extinção por completo dos leitos hospitalares para tratamento psiquiátrico não é viável. Isso se deve ao fato de que, a depender da patologia que acometa o paciente, o tratamento sugerido (e talvez o único) é a internação. Nesse sentido, é compreensível que a política de desinstitucionalização não lance um número específico de quantos leitos sejam extintos, tampouco o marco de “zero” leitos hospitalares⁸⁸. No entanto, os leitos devem dividir espaço com as estratégias que promovem a reinserção do paciente em sociedade, tais como os SRTs e o “De Volta Pra Casa”.

Especificamente sobre o Município do Rio de Janeiro, a taxa de variação⁸⁹ dos leitos psiquiátricos junto ao Sistema Único de Saúde (SUS) oscilou no período de 1995 até o ano 2000, em média contabilizando 5.000 leitos (número que em um ano aumentava, no outro reduzia, alternadamente). Esse número caiu para menos de 3.000 leitos em 2005, em que pese esse indicador não contabilizar o número de leitos que não era vinculado junto ao SUS.

No ano de 2008⁹⁰, havia 3.079 leitos psiquiátricos no Município, dos quais 2.745 eram cobertos pelo SUS.

⁸⁸ Ao contrário, as políticas públicas que versarem sobre saúde mental devem prever investimentos em leitos psiquiátricos hospitalares, como está previsto no próprio Plano Plurianual do Estado do Rio de Janeiro no período de 2016-2019 (RIO DE JANEIRO. Lei nº 7.211. Plano Plurianual – PPA 2016-2019, de fevereiro de 2016, v. 2, p. 350).

⁸⁹ RIO DE JANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. *Política de Saúde Mental na Cidade do Rio de Janeiro*. Subsecretaria de Ações e Serviços de Saúde, Coordenação de Saúde Mental.

⁹⁰ RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil. Plano Municipal de Saúde do Rio de Janeiro: 2010 a 2013. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4130215/planomunicipaldesaude20102013.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

Os Relatórios Anuais de Gestão compreendidos os anos de 2009 a 2013 não apresentaram qualquer nota sobre o fechamento de leitos psiquiátricos de longa permanência, o que sugere que nenhum leito foi fechado (ou, se o foi, não foi informado).

Para 2014 e 2015, a Prefeitura esperava encerrar, respectivamente, 51 e 55 leitos psiquiátricos de longa permanência⁹¹. Em que pese isso, em 2014, superou-se a estimativa e foram fechados 71 leitos⁹², assim como, em 2015, foram encerrados 218 leitos⁹³.

Com olhos para os anos de 2016 e 2017, o Rio de Janeiro tem a expectativa de “ampliar as ações de desinstitucionalização com vistas à redução do número de leitos de longa permanência e consequente ampliação da rede de atenção psicossocial”⁹⁴. Em números, deseja a municipalidade, em 2016, fechar 60 leitos psiquiátricos de longa permanência, e, em 2017, encerrar mais 60 leitos⁹⁵. Aqui, cabe apontar para uma redução da intenção do Município, eis que anteriormente o número de leitos dessa espécie a serem reduzidos, em 2017, era de 65⁹⁶.

Os dados supracitados demonstram como o *outcome* de fechamento de leitos psiquiátricos tem sido uma tônica no cotidiano do Município, de modo que, notadamente no ano de 2015, houve uma redução expressiva desse tipo de leito hospitalar.

A interpretação desse indicador, muito embora os dados só seguissem uma linearidade nos anos mais recentes, juntamente com os indicadores dos *outputs*

⁹¹ RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Saúde. Plano Municipal de Saúde do Rio de Janeiro: 2014-2017, p. 102 e 104. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4128745/PMS_20142017.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁹² RIO DE JANEIRO. Conselho Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2014, p. 16. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4138513/RAG2014aprovado.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁹³ RIO DE JANEIRO. Conselho Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2015, p. 23. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4160317/RAG2015.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁹⁴ RIO DE JANEIRO. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Decreto nº 41.289, de 26 de fevereiro de 2016. *Atualização do Plano Plurianual 2014-2017, para o período de 2016-2017*. Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro, ano XXIX, n. 231, p. 162, publicado em 29 fev. 2016.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 163.

⁹⁶ RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal de Saúde. Plano Municipal de Saúde do Rio de Janeiro: 2014-2017, p. 102 e 104. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4128745/PMS_20142017.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

referentes aos SRTs e CAPS, sugere que a política de desinstitucionalização tem sido concretizada e alinhada com a mudança de paradigma do modelo hospitalocêntrico.

CONCLUSÃO

Os dois últimos capítulos dão pistas sobre a expansão da política pública de desinstitucionalização da saúde mental na realidade brasileira. No entanto, a correspondência de sua implementação com os objetivos extraídos a partir do marco regulatório ainda, sim, é muito mais fruto de um esforço dedutivo do que propriamente de sua verificação em números.

Esse esforço é fundado, em parte, pela dificuldade em interpretar os indicadores de uma realidade que não seja federal, tal como se observou no capítulo anterior sobre a realidade municipal do Rio de Janeiro. Em que pese a desinstitucionalização dar seus primeiros passos desde o fim dos anos 90 e início dos anos 2000, a sistematização desses dados ainda é incipiente (reforce-se, ao menos com relação ao Município do Rio de Janeiro, que foi objeto dessa pesquisa)

A Lei de Acesso Informação (Lei nº 12.527/2011) possivelmente trará uma mudança significativa⁹⁷ na interface cidadão *versus* Administração Pública, no que diz respeito ao acesso de dados governamentais e sua *accountability*. E, conforme visto no capítulo anterior, há mais indicadores relevantes para o estudo da política pública de desinstitucionalização nesse período (os Relatórios Anuais de Gestão estão disponíveis a partir de 2009; porém, os dados mais importantes sobre saúde mental, coincidentemente ou não, vieram de maneira mais clara após esse marco legal).

No entanto, divulgar os dados sem o cuidado com sua sistematicidade pode caracterizar uma irrelevância no acesso à informação e, portanto, ser inconclusivo na análise das políticas públicas à luz de seus *outcomes*. O exemplo dos dados dos SRTs no Rio de Janeiro é elucidativo. A primeira fonte com relação à quantidade de SRTs data de 2004. E esse número só foi contabilizado de novo (ou ao menos divulgado por uma fonte governamental, caso o tenha sido) em 2010.

⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011. *Questio Juris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1757, 2015.

Analisar se uma política pública está alinhada aos seus objetivos passa, em larga medida, pela reverência ao sistema de monitoramento e aos seus indicadores, de modo a mensurar de maneira mais acurada o que foi e o que falta ser feito. Contudo, os dados “mal-tratados” e essa falta de sistematicidade não só compromete a cultura do acesso à informação, mas também impede que a verificação da política pública passe de uma análise especulativa para uma análise conclusiva.

Ao aproximar essas premissas ao objeto da pesquisa, qual seja, a política de desinstitucionalização da saúde mental, percebe-se que há avanços em prol desse paradigma de tratamento psiquiátrico. O fechamento de leitos, que é o objetivo numericamente mensurável, tem sido a tônica dessa política pública, tanto em nível federal (conforme discutido no Capítulo 3, mais precisamente o último dado debatido a partir do Saúde Mental em Dados) quanto em nível municipal (discutido no Capítulo 4, sobre o Rio de Janeiro).

Inevitavelmente, os outros dois objetivos extraídos a partir do marco regulatório, quais sejam, a ruptura com a indivisibilidade dos portadores de transtorno mental e a efetividade dos direitos fundamentais (com eles na condição de destinatário imediato), não são mensuráveis a partir do sistema de indicadores. De qualquer maneira, a tendência pela redução de leitos psiquiátricos sugere que esses dois outros objetivos estão em maior ou menor medida contemplados pela implementação da política de desinstitucionalização da saúde mental.

A própria incorporação desse tema na pauta pública, reforçado com a RAPS e a integração da saúde mental no combate à dependência química, já denota que a invisibilidade tem se diluído (ainda que a política pública seja apenas um fator diante de um problema que transcende o aspecto institucional), bem como os direitos fundamentais dos pacientes tendem a ser mais respeitados.

De maneira didática, a presente pesquisa é capaz de balizar as seguintes conclusões:

- 1) é carente uma cultura de sistematização dos indicadores, ao menos em plano municipal, como parte integrante do monitoramento da política pública e na esteira do acesso à informação;
- 2) a desinstitucionalização da saúde mental vem se consolidando com um paradigma predominante no tratamento das patologias dessa área;

- 3) a conclusão do item 2 é decorrente do crescente número de fechamento de leitos, que é o *outcome* verificável a partir dos indicadores, bem como da expansão de métodos alternativos de tratamento, tais como os SRTs e o benefício do Programa “De Volta Pra Casa”;
- 4) os *outcomes* da ruptura com a indivisibilidade social e a efetivação dos direitos fundamentais dos portadores de transtorno mental não são numericamente mensuráveis a partir dos indicadores. Porém, os dados identificados permitem um exercício reflexivo sobre os dois, na medida em que o abandono do modelo hospitalocêntrico é uma realidade.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Lei nº 6.758, de 4 de janeiro de 1995. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/portal/_ups/legislacao//6.758.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 9.716, de 7 de agosto de 1992. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=15281&hTexto=&Hid_IDNorma=15281>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011. *Questio Juris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1741-1759, 2015.
- BERTOLLI FILHO, Claudio. História social da tuberculose e do tuberculoso: 1900-1950. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/4/pdf/bertolli-9788575412886.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- _____. Diário do Congresso Nacional, de 29 de setembro de 1989, Seção I, p. 10696-10697.
- _____. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- _____. Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.708.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Secretaria de Atenção à Saúde. *Legislação em saúde mental: 1990-2004*. 5. ed. ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 106, de 11 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.saude.sc.gov.br/geral/planos/programas_e_projetos/saude_mental/portaria_106.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 130, 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0130_26_01_2012.html>. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 336, de 19 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.maringa.pr.gov.br/cisam/portaria336.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.840, de 29 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt2840_29_12_2014.html>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.089, de 23 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3089_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Reforma Psiquiátrica e política de saúde mental. Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas, nov. 2015. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde Mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

_____. Ministério da Saúde. *Saúde Mental em Dados*, Informativo Eletrônico, Brasília, ano 10, n. 12, out. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Residências terapêuticas: o que são, para que servem*. Brasília, 2004.

CASTRO, Selma Munhoz Sanches de; WATANABE, Helena Akemi Wada. Isolamento compulsório de portadores de hanseníase: memória de idosos. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos (Online)*, v. 16, n. 2, p. 449-487, 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702009000200010>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

GREEN, Maria. What we talk about when we talk about indicators: current approaches to human rights measurement. *Human Rights Quarterly*, v. 23.4, p. 1076, 2001. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/13805>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

GUEDES, Ariane da Cruz; KANTORSKI, Luciane Prado; PEREIRA, Patrícia Mirapalheta; CLASEN, Bianca Neme; LANGE, Celmira; MUNIZ, Rosani Manfrin. A mudança nas práticas em saúde mental e a desinstitucionalização: uma revisão integrativa. *Revista Eletrônica de Enfermagem* (Internet), v. 10, n. 3, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5216/ree.v12i3.8198>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y e Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

JONES, Harry. A guide to monitoring and evaluating policy influence. London: Overseas Development Institute, 2011. Disponível em: <<http://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/6453.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

MACKINNON, Catherine. Desejo e poder. In. MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. (Org.). *Teoria política feminista: textos centrais*. Rio de Janeiro: Horizonte, 2013. p. 231-250.

MESQUITA, José Ferreira; NOVELLINO, Maria Sallet Ferreira; CAVALCANTI, Maria Tavares. A Reforma Psiquiátrica no Brasil: um novo olhar sobre o paradigma da saúde mental. *XVII Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, ABEP, Caxambu, 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NORTON, Andy; ELSON, Diane. What's behind the budget? Politics, rights and accountability in the budget process. London: Overseas Development Institute, 2002. Disponível em: <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/What_is_behind_the_budget_NortonElson02.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2016.

NUSSBAUM, Martha C. Objectification. *Philosophy and Public Affairs*, v. 24, n. 4, p. 249-291, 1995.

OMS - Organização Mundial da Saúde. Declaração de Caracas, 14 nov. 1990. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude-mental/declaracao_caracas>.

RIO DE JANEIRO. *As residências terapêuticas no município do Rio de Janeiro: habitando a casa, a cidade e a vida*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Saúde, 2014.

_____. Secretaria Municipal de Saúde. Lar Abrigado por Instituto Philippe Pinel. Disponível em: <http://www.sms.rio.rj.gov.br/pinel/media/pinel_lar_abrigado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Lei nº 7.211. Plano Plurianual - PPA 2016-2019, de fevereiro de 2016, v. 2.

_____. Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil. Plano Municipal de Saúde do Rio de Janeiro: 2010 a 2013. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/>>

dlstatic/10112/3700816/4130215/planomunicipaldesaude20102013.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Secretaria Municipal de Saúde. Plano Municipal de Saúde: 2014-2017, p. 102. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4128745/PMS_20-142017.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. *Política de Saúde Mental na Cidade do Rio de Janeiro*. Subsecretaria de Ações e Serviços de Saúde, Coordenação de Saúde Mental.

_____. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão 2009. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114103/RAG2009_versaofinal.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2010. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114104/RAG2010.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2011. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114105/RAG2011.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2012. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114105/RAG2012.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2013. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4138514/RAG2013aprovado.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Conselho Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2014. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4138513/RAG2014aprovado.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Saúde. Relatório Anual de Gestão: 2015. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3700816/4114104/RAG2015.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

ROSA, Abílio da Costa; LUZIO, Cristina Amélia; YASUI, Sílvio. As Conferências Nacionais de Saúde Mental e as premissas do modo psicossocial. *Saúde em Debate*, v. 25, n. 58, p. 12-25, mai./ago. 2001.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SOUZA, Jessé. A visibilidade da raça e a invisibilidade da classe: contra as evidências do conhecimento imediato. In: _____ (Org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 71-95.

SOUZA, Vinícius Rauber e. Contrarreforma psiquiátrica: o modelo hospitalocêntrico nas políticas públicas em saúde mental no Rio Grande do Sul. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Porto Alegre, 2010.

VENTURINI, Ernesto. A desinstitucionalização; limites e possibilidades. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 20, n. 1, abr. 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822010000100018&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 abr. 2016.

VIOLA, Ana Clara. Longo caminho a percorrer na volta para a sociedade. O Ministério Público e a desinstitucionalização em saúde mental. Dissertação (Mestrado Profissional em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fiocruz. Rio de Janeiro, 2015.

Submissão em: 09.05.2017

Avaliado em: 18.04.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 18.06.2018 (Avaliador C)

Aceito em: 26.06.2018

A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA PRESCRICIONAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA RELEITURA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA *ACTIO NATA*

THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE PRESCRIPTIONAL SYSTEM OF THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW AND ITS RELEASE IN THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF ACTIO NATA

Wilson Medeiros Pereira¹

Professor de Direito na Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes, Montes Claros/MG, Brasil)

Marco Felipe Durães Silva²

Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Gestão Pública (Faculdade Damásio, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito administrativo; direito constitucional.

RESUMO: O presente artigo analisa as hipóteses prescricionais previstas na Lei de Improbidade Administrativa, expondo as críticas concernentes à problemática prescricional que inquinaria a norma de certa ineficácia, bem como as sugestões que foram levantadas pelo Poder Legislativo em

relação à modificação dos prazos. Ao fim, aponta a proposta de uma corrente doutrinária e demonstra os fundamentos que a justificam.

ABSTRACT: *This article analyzes the prescriptive hypotheses foreseen in the law of administrative impropriety, exposing the criticisms concerning the prescriptive problem that inquires the norm of certain inefficiency, as well as the suggestions that*

¹ Juiz Federal. Mestre em Direito Público e Evolução Social (Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro/RJ, Brasil). *E-mail:* medeiros2006@yahoo.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7742065097603624>>.

² Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes, Montes Claros/MG, Brasil). *E-mail:* marco_duraes@outlook.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8672761941140947>>.

were raised by the Legislative Power regarding the modification of the deadlines. In the end, it points out the proposal of a doctrinal current and demonstrates the grounds that justify it.

PALAVRAS-CHAVE: corrupção; improbidade administrativa; prescrição.

KEYWORDS: *corruption; administrative dishonesty; prescription.*

SUMARIO: Introdução; 1 Dos custos sociais da corrupção; 2 Da imprescritibilidade do ressarcimento ao Erário; 3 Hipóteses prescricionais do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992; 4 Problemática prescricional da Lei nº 8.429/1992; 5 Iniciativas concernentes à modificação do sistema prescricional da Lei nº 8.429/1992; 6 Da prescrição e da teoria da *actio nata*; 7 Ciência do ilícito como marco inicial para a contagem do prazo prescricional; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The social costs of corruption; 2 The imprescriptibility of the reimbursement to the treasury; 3 Prescriptive hypotheses of article 23 of Law nº 8.429/1992; 4 Prescriptive issues of Law nº 8.429/1992; 5 Initiatives concerning the modification of the prescriptive system of Law nº 8.429/1992; 6 Of the prescription and the theory of actio nata; 7 Illicit science as the initial framework for counting the prescriptive period; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo proceder a uma análise do sistema prescricional da improbidade administrativa a partir da compreensão das críticas doutrinárias levantadas em relação a essa temática. Para a sua elaboração, observaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A análise bibliográfica deu-se para fins de estudo das questões de ordem jurídica, concernentes ao instituto da prescrição e ao sistema prescricional erigido pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

A análise documental, por sua vez, direcionou-se ao fim de constatar os impactos sociais da corrupção, tendo sido utilizados o “Relatório Corrupção: Custos Econômicos e Propostas de Combate” da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), de março de 2010, e a síntese de pesquisa dos Professores Ciro Biderman e George Avelino Filho, “A doença da corrupção: o desvio de fundos e a saúde pública nos municípios brasileiros”, constante do Anuário de Pesquisa 2013-2014 da FGV-EAESP.

O problema abordado pelo trabalho cinge-se na indagação de qual seria o meio jurídico hábil a atribuir maior eficácia à Lei nº 8.429/1992, diante das efusivas críticas doutrinárias que desenovelam uma provável ineficácia normativa.

A Lei nº 8.429/1992 é diploma legal oriundo dos anseios de regulamentação do art. 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Esse dispositivo constitucional delineou os primeiros contornos do sancionamento à improbidade administrativa, elencando quatro reprimendas aplicáveis aos agentes públicos que vierem a incorrer na prática de atos ímprobos, quais sejam, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário.

Os atos de improbidade administrativa, sujeitos a tais sanções, foram disciplinados pela Lei nº 8.429/1992 em seus arts. 9º, 10 e 11, sendo, respectivamente, o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao Erário e o atentado contra os princípios da Administração Pública.

O art. 37, *caput*, da CRFB/1988³ instaura um código de conduta extremamente austero. Invoca princípios que enquadram um agir prudente, cauteloso e probo, e que vinculam toda e qualquer pessoa que integre a Administração Pública.

À estrutura estatal, fundada nesses moldes, cumpre a missão de zelar pelo bem comum do povo, real titular do poder. Nos termos do preâmbulo constitucional, cabe ao Estado Democrático de Direito brasileiro assegurar, entre outros, o exercício dos direitos sociais, a segurança e o bem-estar do povo, aspirações positivadas nos arts. 6º e 193 a 232 do texto constitucional.

Insta ressaltar que o Estado se manifesta pelos atos dos agentes públicos que integram seus Poderes, o que, por consequência lógica, reveste-lhes da incumbência de prover ao povo a realidade supratranscrita.

Nesse sentido, é adequado asseverar que a saúde da estrutura social – intimamente relacionada com o cumprimento dos desideratos constitucionais, notadamente a efetivação de direitos sociais – provém de uma administração integrada por agentes políticos probos. É dizer que só se materializam as aspirações positivadas pela norma suprema se houver uma governança honesta.

³ “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

A honestidade governamental é condição indispensável para consolidação de uma Administração Pública empenhada unicamente no bem comum.

Entretanto, as pretensões normativas destinadas à construção desse Estado ideal pautado no bem comum, em suma sustentadas pelo dever ser, esbarram em empecilhos fáticos, de ordem moral, por parte daqueles que estão incumbidos de gerir a coisa pública.

A violação às aspirações constitucionais escancara-se quando se tornam conhecidas as irregularidades, por vezes, operantes nas entranhas da Administração Pública.

As condutas ilícitas operadas sobre a coisa pública, em certos casos, geram reflexos sociais desastrosos, que não se constatam no momento da perpetração da irregularidade, mas se solidificam com o tempo, desembocando sobre aquela parcela da população que mais carece do auxílio estatal.

1 DOS CUSTOS SOCIAIS DA CORRUPÇÃO

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, o Estado Social de Direito destaca-se justamente por avocar para si a tarefa de realização da justiça social, de forma que os direitos sociais prestacionais se encontram intimamente vinculados às tarefas exercidas pelo Estado na condição de Estado Social⁴. Entretanto, quando a corrupção se infiltra nos alicerces do pretense Estado Social, define a sua essência. “Quando se fala nos efeitos da corrupção, basta que se use a imaginação, e eles serão devastadores”⁵.

Ao se fazer uma radiografia dos efeitos gerados por alguns delitos perpetrados contra a Administração Pública, é possível afirmar que, enquanto o homicida pode causar a morte de uma ou algumas pessoas, a conduta do agente corrupto é capaz de produzir a morte de centenas de pessoas, porque não permite ao Estado cumprir com as funções sociais que lhe são constitucionalmente atribuídas⁶.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 202.

⁵ ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, ano XVI, n. 484, p. 5-12. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Corrupcao_Como_entrave_ao_desenvolvimento.pdf/68ef8689-64e8-42a2-add7-4c776dae0534?jsessionid=59B5FFC3D303199429978698EA85A697.node01?version=1.0>. Acesso em: 30 ago. 2017.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 10. ed. Niterói: Impetus, v. IV, 2014. p. 393.

As políticas públicas de implementação dos direitos sociais diminuem ao passo que os índices de corrupção aumentam. Nesse viés, se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, torna-se constante a invocação da reserva do possível pelo Poder Público, quando compelido a concretizar determinados direitos consagrados no ordenamento. A precariedade aumenta na medida em que os recursos públicos têm redução de ingresso ou são utilizados para fins ilícitos⁷.

O desvio de certo montante financeiro para atividades ilegais provoca queda nas receitas arrecadadas do governo, o que gera perdas orçamentárias e reduz a possibilidade de financiamento de gastos produtivos; reduz a eficácia dos recursos distribuídos pelo setor público; ocorre a alocação ineficiente dos recursos, uma vez que os ativos financeiros são desperdiçados em atividades caçadoras de renda e improdutivas; gera ineficiência na administração pública, pois os contratos licitados ganhos por empresas corruptoras podem comprometer a qualidade dos serviços e da infraestrutura pública. A má qualidade aumenta tanto a probabilidade de refazer o serviço, como a frequência da manutenção, reduzindo a produtividade total da economia; distorce a composição dos gastos públicos, pois o governo pode favorecer projetos onde a lucratividade gerada pela corrupção seja maior. Como consequência, ocorre deformação das políticas sociais e de desenvolvimento.⁸

Esse cenário de defasagem, lapidado pela corrupção, agride os destinatários dos serviços públicos então precarizados. Destinatários esses que, muitas vezes, a depender da natureza do serviço público, vão a sua busca por já se encontrarem em situação de vulnerabilidade.

⁷ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

⁸ FIESP. Relatório Corrupção: Custos Econômicos e Propostas de Combate, mar. 2010. p. 15-16. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

Se o desvio dos recursos impede a sua devida implementação nas políticas públicas às quais teriam sido destinados, é patente a constatação de que a corrupção funciona como verdadeiro entrave ao desenvolvimento social⁹.

Nessa perspectiva, é possível notar que há um cenário social delineado pelo desvio dos recursos públicos. Não obstante a percepção, em uma primeira análise, de que a corrupção viola a saúde, a educação, ou qualquer outro direito fundamental em si mesmo, observa-se, em segunda análise, que a mesma corrupção que desvia os recursos destinados ao atendimento das necessidades sociais é, por consequência lógica, a causa da consolidação de um cenário social carente, mais propenso, inclusive, ao aumento da criminalidade.

Como os atos de corrupção normalmente não ensejam o surgimento de direitos amparados pelo sistema jurídico, já que escusos, a solução dos conflitos de interesses verificados nessa seara normalmente redundam na prática de infrações penais, o que estimula o aumento da própria criminalidade. A corrupção, assim, gera um elevado custo social, sendo os seus malefícios sensivelmente superiores aos benefícios individuais que venha a gerar.¹⁰

Ademais, para além dos efeitos já expendidos, a corrupção eleva o grau de desconfiança do povo em relação às instituições estatais, uma vez que a democracia e a legitimidade do poder já se encontram também comprometidas por ela¹¹.

Não obstante a explícita hediondez da conduta ímproba, quanto aos seus reflexos sociais, e muito embora existente a previsão normativa de um sancionamento cível-político-administrativo – nos termos da Lei nº 8.429/1992,

⁹ ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, ano XVI, n. 484, p. 5-12. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Corrupcao_Como_entrave_ao_desenvolvimento.pdf/68ef8689-64e8-42a2-add7-4c776dae0534;sessionid=59B5FFC3D303199429978698EA85A697.node01?version=1.0>. Acesso em: 30 abr. 2018.

¹⁰ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

¹¹ ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, ano XVI, n. 484, p. 5-12, p. 9. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Corrupcao_Como_entrave_ao_desenvolvimento.pdf/68ef8689-64e8-42a2-add7-4c776dae0534;jsessionid=59B5FFC3D303199429978698EA85A697.node01?version=1.0>. Acesso em: 30 abr. 2018.

potencialmente capaz de reaver o prejuízo causado aos cofres públicos, suspender os direitos políticos e segregar o agente da função pública anteriormente exercida retirando do seu alcance qualquer possibilidade de exercer controle sobre a coisa pública –, surgiram críticas, por parte da doutrina e do Poder Legislativo, concernentes à possível ineficácia dessa lei. As referidas críticas serão apreciadas em momento oportuno; contudo, insta ressaltar previamente que todas atacaram precisamente as disposições prescricionais da norma.

Por ora, cabe explicar os aspectos correlatos aos elementos básicos que compõem o sistema prescricional da Lei nº 8.429/1992. A prescrição na seara da improbidade administrativa regula-se por um conjunto de hipóteses em que cada situação é dotada de um momento próprio para o início de sua contagem, ensejando, portanto, resultados prescricionais diversos. Essa estrutura normativa disciplinadora da prescrição é erigida pelo art. 23 da Lei¹².

Consta do dispositivo legal que o sistema prescricional da improbidade operar-se-á sobre a possibilidade de levar a efeito as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. É dizer que, alcançado o prazo prescricional, o agente ímprobo se verá livre da possibilidade de sofrer praticamente todas as reprimendas ali estipuladas. É imperiosa a ressalva no sentido de que esse sistema jamais poderá se aplicar sobre a sanção de ressarcimento ao Erário.

2 DA IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Nas situações em que o ato de improbidade gerar dano ao Erário, sobre a sanção de ressarcimento não poderão surtir os efeitos da prescrição estipulada no art. 23 da Lei nº 8.429/1992. A referida imprescritibilidade é cláusula que encontra respaldo constitucional, sendo, conseqüentemente, adotada pela corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência.

O art. 37, § 5º, da CRFB/1988 é o dispositivo fulcral de que decorre a hipótese de imprescritibilidade.

Acerca disso, Emerson Garcia afirma:

¹² “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego; III – até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”

[...] é voz corrente que o art. 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. À lei compete estabelecer os prazos de prescrição para os ilícitos praticados “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Há, portanto, uma evidente dicotomia de tratamento em relação à *punição* e à *recomposição*. Como consequência, tem-se que somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido.¹³

O autor explica que a inadmissibilidade da prescrição, nessa circunstância, se respalda na natureza pública do patrimônio apropriado pelo agente, notadamente por se tratar de direito difuso, para o qual toda a coletividade está legitimada a tutelar. Sugere conferir ao art. 23 da Lei 8.429/1992 a interpretação conforme a constituição¹⁴.

Rechazando a argumentação da doutrina minoritária no sentido de que a imprescritibilidade só seria admissível se o texto constitucional houvesse se utilizado expressamente do termo “imprescritível”, Emerson Garcia aduz que tal interpretação seria apego excessivo a formalismos, prática ultrapassada até para autores contemporâneos¹⁵.

Waldo Fazzio Júnior, por sua vez, pondera:

Parece claro que a Constituição Federal não deseja que o prazo prescricional atinente às ações de ressarcimento de danos oriundos de atos ilícitos praticados por agentes públicos seja o mesmo pertinente aos demais ilícitos administrativos. Fosse esta a intenção do constituinte, bastaria não impor qualquer ressalva. No entanto, ressalva. Também parece certo que não

¹³ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 746-747.

¹⁴ *Ibidem*, p. 749.

¹⁵ *Ibidem*, p. 747.

pretende seja o prazo prescricional estabelecido no Código Civil, para aqueles casos em que a lei não fixa o prazo menor. Da mesma forma que remete os demais casos às leis administrativas, poderia enviar a matéria à regulamentação geral do diploma civil. No entanto, não o faz. Ainda parece lógico que, se almejasse a fixação de qualquer outro prazo, poderia fazê-lo, ao invés de, exclusivamente consignar a ressalva. Não parece adequado interpretar o texto do art. 37, § 5º, de outra forma, como não sendo essa a *mens legis*: a imprescritibilidade das ações de reparação de danos.¹⁶

Conforme o autor, ao excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, a segurança jurídica da sociedade foi homenageada pelo constituinte¹⁷.

José dos Santos Carvalho Filho, no mesmo sentido, diz:

[...] a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (Erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe foram causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art. 37, § 5º, da CF. Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade. Apesar da dicção constitucional, há interpretação no sentido da imprescritibilidade da pretensão, sob o argumento de supressão do direito de defesa relativamente ao autor do dano, eis que teria ele que guardar documentação probatória por tempo além do razoável. Com a vênua devida, não abonamos essa linha de pensamento. Se o agente lesou o erário, que espelha a face patrimonial da sociedade, é justamente a ele que

¹⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 478.

¹⁷ *Ibidem*, p. 480.

devem ser atribuídos os ônus probatórios, inclusive a guarda indefinida dos respectivos elementos. Não fosse assim, e estaria esvaziado o princípio constitucional da proteção ao patrimônio público.¹⁸

Excetuado o ressarcimento ao Erário, única reprimenda imprescritível por exigência constitucional, todas as demais sanções submeter-se-ão à disciplina do art. 23 da Lei nº 8.429/1992.

3 HIPÓTESES PRESCRICIONAIS DO ARTIGO 23 DA LEI Nº 8.429/1992

A fim de nortear a compreensão do dispositivo legal, é importante destacar que a situação prescricional se dará em razão da natureza do vínculo político-administrativo do agente público¹⁹.

A disciplina do lapso prescricional irá se alternar de acordo com o vínculo, temporário ou não temporário, do agente com o Poder Público, sendo que, para fins dessa análise, temporariedade é a qualificação dos vínculos de natureza mais tênue, sejam eles de duração predeterminada ou passíveis de dissolução a qualquer tempo, *ad nutum* do agente responsável pela admissão²⁰.

O art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992 trata dos vínculos de natureza temporária, dispondo da seguinte forma:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

Enquanto os agentes não se encontrarem efetivamente desvinculados do Poder Público, ter-se-á a prescrição em estado latente, dependendo apenas da dissolução do vínculo para que se inicie a sua contagem. Nos casos de vínculo temporário, a prescrição correrá da sua cessação. A ideia de fluência do prazo após o término do vínculo relaciona-se à perda da influência que o agente poderia exercer por ocasião da investigação dos fatos²¹.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1123.

¹⁹ FAZZIO JÚNIOR, , Waldo. Op. cit., p. 472.

²⁰ ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 749.

²¹ Idem, *ibidem*.

Em consonância a esse entendimento, Silvio Antonio Marques observa:

Na primeira hipótese (inciso I), o legislador provavelmente considerou o fato de que o agente público que exerce função política e se encontra no poder tem possibilidades de manipular servidores, cooptar fornecedores de bens e serviços, esconder provas, pressionar testemunhas ou praticar outros atos que representem empecilhos à investigação. Como anota George Sarmiento, o inciso I do art. 23 adotou essa sistemática a fim de evitar que o servidor investigado possa interferir na livre apuração dos atos de improbidade.²²

Emana do mesmo fundamento a constatação de José dos Santos Carvalho Filho, no sentido de que “a *ratio* do dispositivo foi exatamente a de evitar que, valendo-se do poder que ostenta, pudesse o mandatário influir na decisão de propor a ação de improbidade ou nas provas que devem ampará-la”²³.

Matheus Carvalho pontua que a “*intentio legis* é evitar que o agente se valha da própria torpeza e evite a sanção de improbidade administrativa enquanto ainda está no exercício da função, ensejando sua prescrição”²⁴.

Em razão dessa finalidade da lei, comunga a doutrina majoritária no sentido de que, em casos nos quais o mandatário é reeleito para períodos sucessivos, o prazo de prescrição não está vinculado ao fim do mandato dentro do qual o agente tenha necessariamente perpetrado a improbidade, mas ao fim do último mandato por ele exercido.

Tomando por base o referido entendimento, ao analisar a hipótese de pluralidade de réus mandatários ou exercentes de cargo ou função de confiança, José dos Santos Carvalho Filho afirma que, com fundamento no princípio da efetividade punitiva para a improbidade administrativa, a contagem do prazo prescricional deve iniciar-se na data do desligamento do último dos réus,

²² MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 229-230.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1124.

²⁴ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 976.

objetivando evitar a impunidade daqueles que, de pressa, intentaram fugir de suas responsabilidades²⁵.

No que concerne ao art. 23, II, Lei nº 8.429/1992, esse regula a prescrição quanto aos vínculos de natureza não temporária. Dele defluem diversas variantes porque o dispositivo se aproveita dos prazos fixados em outras normas, e, dessa forma, desincumbe-se de regular um prazo prescricional uniforme, aplicável a todo e qualquer servidor ou empregado da Administração Pública.

O dispositivo prevê:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

[...]

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Não se tratando de vínculo temporário, o lapso prescricional será idêntico àquele previsto em lei específica para os casos de demissão a bem do serviço público, conforme expressa disposição do art. 23, II. A lei específica aqui referida normalmente será aquela que institui o regime jurídico da categoria a que pertença o ímprobo, mas nada impede haja previsão diversa em legislação esparsa. Inexistindo referência em relação à demissão a bem do serviço público, deve ser aplicado o lapso prescricional relativo à demissão em geral [...]. Muitas vezes ocorrerá que o regime jurídico dos servidores públicos, ao disciplinar o lapso prescricional para apuração de determinadas irregularidades, disponha que, quando as faltas constituírem, também, crime ou contravenção, a prescrição será regulada pela lei penal. A correta compreensão de dispositivos como esse pressupõe a análise de independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, cada qual

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 1125.

dotada de regramento e sistemas próprios [...] sendo de todo incabível a tese de que, tendo sido o agente julgado no âmbito penal, a prescrição na esfera cível, a exemplo do que ocorre naquela seara, haverá de ser regida pela pena em concreto.²⁶

Aos servidores públicos civis da União, nesse caso, a prescrição aplicável é a regulamentada pelo art. 142 da Lei nº 8.112/1990, de 5(cinco) anos e cuja contagem se inicia a partir da data da ciência do ilícito²⁷.

Entretanto, como lei federal que é, as disposições nela referidas aplicam-se tão somente aos servidores públicos civis da União. No que concerne aos servidores públicos militares da União, bem como aos servidores públicos civis e militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estes terão seus regulamentos próprios, que disciplinarão os prazos prescricionais e eventualmente as suas respectivas formas de contagem.

Daí a ampla variedade de hipóteses prescricionais concernentes à improbidade administrativa perpetrada pelos agentes abarcados pelo art. 23, II, da Lei nº 8.429/1992. Sem contar a já mencionada circunstância em que os estatutos dos servidores, por sua vez, declinam-se da estipulação do prazo prescricional ao redirecionarem tal fixação ao Código Penal, se a infração funcional é também infração penal.

Ademais, diante do amplo conceito de agente público adotado pela Lei nº 8.429/1992, não é raro deparar-se com a questão do lapso prescricional incidente sobre a pretensão passível de ser deduzida em face do empregado ímprobo de uma pessoa jurídica de direito privado, nos casos em que esta receba recursos do Erário, apesar de não integrar administração indireta²⁸.

²⁶ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 752-753.

²⁷ “Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II – em 2 (dois) anos, quanto à suspensão; III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência. § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. § 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.”

²⁸ ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 755.

Para tais circunstâncias, Emerson Garcia, ao cogitar hipóteses de solução, de pronto, afasta a imprescritibilidade, justificando que ela destoa dos princípios jurídicos e difunde a insegurança nas relações sociais, representando prêmio à desídia dos legitimados à propositura da ação. No que concerne à prescrição decenal, fundada no art. 205 do Código Civil (CC/2002), estipulada para casos genéricos em que a lei própria não previu prazo prescricional, o autor explica que também não seria aplicável porque conduziria à incongruência de dispensar tratamento mais severo a este agente do que àqueles que possuem vínculo direto com o Poder Público, não sendo razoável. Com relação à aplicação da hipótese prescricional do art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, argui a inexistência de qualquer vínculo de natureza temporária com o Poder Público, bem como a severidade dessa solução, já que para esse agente o termo *a quo* do lapso prescricional coincidiria com a cessação da relação de emprego, enquanto, em referência aos demais servidores, o prazo começaria a fluir a partir da prática do ilícito²⁹.

O autor sugere para a situação do empregado ímprobo de pessoa jurídica de direito privado, que não integre a Administração indireta, mas receba recursos públicos, uma interpretação analógica com base no art. 23, II, da Lei nº 8.429/1992, fundada na aplicação subsidiária do regime jurídico que incide sobre os servidores da pessoa jurídica de direito público que forneceu os recursos ao empregador do ímprobo.

Essa solução, no entanto ensejaria o surgimento de problemas complexos nos casos em que a empresa recebesse recursos de múltiplas origens e não fosse identificada a fonte daqueles que teriam sido apropriados pelo ímprobo. Problema similar seria identificado em relação aos consórcios públicos formados entre União, Estado e Município, cujas contratações devem ser realizadas pelo regime da CLT, nas hipóteses em que cada ente disponha de um regime jurídico próprio para os seus servidores. [...] entendemos ser mais consentâneo com um padrão mínimo de justiça a tentativa de enquadramento, na regra do art. 23, II, daqueles que mantêm um vínculo empregatício com o sujeito passivo do ato de impro-

²⁹ *Ibidem*, p. 756.

bidade, o que exigirá seja analogicamente aplicada a normatização que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores da correspondente administração direta [...] Esse entendimento é extensivo aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista normalmente regidos pelas leis trabalhistas, o mesmo ocorrendo em relação aos empregados de pessoas jurídicas de direito público que estejam em situação parecida (sujeitos às leis trabalhistas). Quanto aos consórcios públicos, deve-se optar pelo lapso prescricional mais amplo dentre aqueles previstos nos regimes jurídicos de cada consorciado [...].³⁰

O art. 23, III, por sua vez, é a última hipótese de prescrição disciplinada pela Lei nº 8.429/1992, e dispõe:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

[...]

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Nessa situação foi abrangida a prescrição em relação à improbidade perpetrada sobre os recursos públicos destinados às entidades privadas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como entidades privadas para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Vale a ressalva de que, nessa circunstância, o prazo prescricional ocorre, assim como no estatuto dos servidores públicos civis da União, em respeito à ciência do ilícito por parte da Administração Pública. No caso específico do art. 23, III, da Lei nº 8.429/1992, mesmo que a lei não estipule explicitamente que a prescrição contar-se-á a partir da ciência do ilícito, incontroverso é que se contará da data em que foi oportunizada essa ciência, o que se extrai da redação

³⁰ Ibidem, p. 756-757.

do inciso que pronuncia o prazo de cinco anos “da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final”.

Por fim, há ainda a figura do terceiro, o *extraneus*, que induziu, concorreu ou se beneficiou da prática do ato de improbidade administrativa. Quanto a esse sujeito ativo do ato de improbidade, a lei não cuidou de estipular prazo prescricional.

O terceiro somente responderá por ato de improbidade se na relação figurar um agente público, não podendo ser alcançado se agir isoladamente. Por consequência, todos os desdobramentos de contagem de prazo tomarão por base o agente da Administração Pública³¹.

A qualidade de agente público, portanto, opera dois efeitos, quais sejam, permitir a subsunção do ato à tipologia legal, bem como disciplinar a sua perquirição em relação a todos os envolvidos em sua prática. Exatamente por isso não há que se falar em prescrição decenal, fundada no art. 205 do Código Civil, ao *extraneus*, pois dessa forma seria imposto tratamento mais severo àquele que assume a posição secundária na prática do ato ímprobo, beneficiando, consequentemente, o agente público que ocupa ponto nuclear da norma de combate à improbidade³².

Ao terceiro, assim, haverão de ser aplicados os mesmos lapsos prescricionais relativos ao ímprobo. Identificado o envolvimento, *verbi gratia*, de dois agentes públicos, sendo um com vínculo temporário e o outro não, deverá ser empregado o lapso prescricional mais amplo, já que o *extraneus* compactuara com o ilícito praticado por ambos.³³

4 PROBLEMÁTICA PRESCRICIONAL DA LEI N° 8.429/1992

Expostos os fundamentos que envolvem o sistema prescricional da improbidade administrativa, necessário se faz desenovelar, a partir daqui, o problema central de que cuida o presente artigo.

³¹ Ibidem, p. 759.

³² Ibidem, p. 759-760.

³³ Idem, ibidem.

A prescrição, como elemento fulminante da pretensão sancionatória do Estado em face do agente ímprobo, é o instituto que delimita o momento de atuação da Lei nº 8.429/1992.

O alcance do prazo prescricional é o marco jurígeno que consubstancia, pelo decurso do tempo, a segurança jurídica do agente ímprobo, determinando *erga omnes* que se faça cessar qualquer pretensão de puni-lo pelas mazelas sociais resultantes de seus atos.

É momento em que fenece toda a expectativa do interesse público de ver o agente ímprobo ser devidamente sancionado com a suspensão dos seus direitos políticos, a perda da função pública e a impossibilidade de contratar com o Poder Público, de forma a afastá-lo da interferência corrupta que exerça, ou possa exercer, sobre a coisa pública. Após a consolidação da prescrição restará tão somente o dever de ressarcimento.

A prescrição, portanto, é o divisor de águas entre a impunidade, respaldada pela segurança jurídica do agente, e os direitos fundamentais da coletividade, fundados na supremacia do interesse público, relativos à própria preservação dos direitos sociais que poderão continuar a ser violados pelo agente corrupto que permanecer nos quadros da Administração.

As críticas relativas ao sistema prescricional ora elegem a exiguidade dos prazos prescricionais como impasse à plena eficácia da norma, ora ressaltam como defeito desse sistema a ausência de padronização dos prazos.

No que concerne ao art. 23, II, aponta-se a violação à isonomia decorrente da distribuição da previsão prescricional pelos diversos estatutos de servidores, o que acaba por desencadear a possibilidade de injusto tratamento para a mesma conduta, uma vez que um ente da Administração pode dar à matéria um tratamento mais rigoroso do que outro ente, de forma que os subordinados ao estatuto de servidores daquele serão mais prejudicados que os subordinados ao estatuto de servidores deste, ainda que idêntica seja a conduta.

Nesse sentido, Silvio Antonio Marques enfrenta as disposições do art. 23, II, aduzindo que

o legislador não foi coerente, pois deixou para a lei específica federal, estadual, distrital ou municipal a definição do prazo prescricional. A falta de definição da Lei nº 8.429/1992 causa muitas distorções, porque os

agentes públicos que praticarem atos semelhantes no âmbito federal podem ser prejudicados ou beneficiados com o prazo prescricional, se considerada a legislação diversa de outro ente da Federação. Também pode haver distorções entre agentes públicos do Estado e dos Municípios, ou apenas entre aqueles Municípios diversos.³⁴

Há ainda a crítica no sentido de que haveria violação à isonomia pela possível diferenciação de tratamento entre os agentes dos incisos I e II, sobretudo porque não há qualquer fator de discriminação³⁵. Nesse viés, José Antonio Tassi assevera que “há uma discrepância entre os dois incisos ao estabelecer prazos diferenciados para a punição dos agentes públicos, o que pode permitir a existência de prazos prescricionais distintos”³⁶.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias asseveram que o duplo tratamento conferido à prescrição em sede de improbidade administrativa – se ocupante de cargo comissionado ou se efetivo – fere o princípio da isonomia. Verdadeiramente, não há motivo autorizador do discriminação³⁷.

Há, ainda, o enfrentamento da questão concernente ao prazo prescricional disposto no art. 23, I, ser extremamente exíguo: “Cabe destacar que os prazos prescricionais inseridos nessa lei são ínfimos se comparados aos crimes praticados contra a Administração Pública, que se encontram inseridos no Código Penal brasileiro, ainda que tais institutos não se confundam em relação aos crimes praticados”³⁸.

A ponderação da referida crítica é no sentido de que, por mais que as instâncias sejam independentes, a seara penal, no que tange aos crimes contra

³⁴ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁶ TASSI, José Antonio. Lei de Improbidade Administrativa: estudo sobre o prazo prescricional. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília/DF, a. 10, n. 36, Edição Especial, p. 101-134, 2011, p. 103. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7910/06%20Jose%20Antonio%20Tassi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 576.

³⁸ TASSI, José Antonio. Op. cit.

a Administração Pública, trouxe prazos prescricionais dentro dos quais ocorreriam apuração e persecução de forma muito mais razoável e adequada à complexidade dos fatos, diferentemente da esfera cível.

Ainda que a conduta seja a mesma, bem como idênticos sejam os bens jurídicos ofendidos pelo ato ímprobo, esse desencadeia efeitos em searas distintas, que abrigam, independentemente, suas respectivas sanções. Por serem exatamente iguais a conduta, os bens jurídicos ofendidos e a complexidade de investigação e apuração, José Antonio Tassi afirma que

a Lei de Improbidade tratou atos tão graves, lesivos ao erário, com prazos exíguos em relação aos prazos penais que são bem mais elásticos [...]. Como exemplo, no crime de concussão tem-se o prazo prescricional estabelecido em doze anos e o crime de corrupção passiva possui prescricional de dezesseis anos. [...] é injustificável um tratamento prescricional na Lei de Improbidade tão díspar em relação ao Direito Penal, em que pese haver incomunicabilidade das instâncias. [...] No que se refere à edição da Lei de Improbidade ser considerada um grande avanço ao combate da improbidade administrativa, ela trouxe um prazo muito exíguo. [...] muitas vezes insuficiente para apurar as irregularidades cometidas, principalmente em se tratando de exercício de mandato eletivo, em que a complexidade da apuração leva muito tempo, prescrevendo os atos de improbidade administrativa.³⁹

Silvio Antonio Marques ratifica o entendimento que milita no sentido da insuficiência dos prazos prescricionais da improbidade ao explicar que determinados atos de natureza mais complexa acabam sendo alcançados pela prescrição, em virtude da ausência de formação de uma ciência inequívoca da ocorrência do ilícito, ante a densidade das apurações, que, às vezes, dependem de auxílio de órgãos internacionais. Nesse sentido, opina quanto às disposições do art. 23, I:

O prazo de prescrição de cinco anos, contados após o término do exercício do mandato, cargo em comissão ou

³⁹ Idem.

de função de confiança, mostra-se razoável e adequado aos desideratos do texto constitucional (art. 37, § 4º). Contudo, nem sempre é possível investigar os fatos nesse prazo, especialmente se os fatos são descobertos após alguns anos da saída do agente e há notícia de remessa de valores para o exterior, pois alguns países demoram muito tempo para cumprir a carta rogatória ou o pedido de auxílio direto, no âmbito da cooperação jurídica internacional.⁴⁰

Waldo Fazzio Júnior, neste mesmo viés, explica que determinados atos ímprobos se operam por manobras muito bem engendradas, que envolvem uma série de agentes no encobrimento da ilicitude, são os casos das vantagens indiretas ou mediatas. Nessas circunstâncias existe grande probabilidade de a Administração Pública sequer tomar ciência da ocorrência do ilícito.

Em que pese tal dificuldade, quando a ciência chega à Administração, a comprovação inequívoca da ocorrência de esquemas tão bem articulados é de tal nível de complexidade que o escoamento do prazo prescricional acaba ocorrendo antes do fim das investigações. O percurso porque passa a manobra ímproba, de difícil descoberta e comprovação, é explicado pelo autor:

[...] às vezes, a recompensa pelo ato de improbidade foge ao padrão. Não se materializa em contraprestação direta e imediata, mas posterior. O agente público se abastece de vantagem oblíqua, advinda de outrem que alveja pagá-lo pelo ilícito que antes praticou; é forma de gratificá-lo pelo desvirtuamento de suas funções. O intuito do autor, no sentido de se eximir de possível punição, sugere a percepção efetiva da vantagem, mediamente, quando não integra mais os quadros administrativos. Então, o efetivo aumento patrimonial não é contemporâneo à prática do ato de improbidade, dado que o ato ímprobo ocorre no presente, mas a paga ocorre no futuro, quando o agente público já se tornou um *extraneus*. Pode, também, a tradição da vantagem

⁴⁰ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

provir, não do benefício do ato ímprobo, mas da intervenção de outrem, pessoa física ou jurídica. Nessa hipótese, o agente público enceta ato de improbidade para favorecer fulano, mas a recompensa lhe é proporcionada por sicrano. Em outra situação, ainda, a vantagem é proporcionada a outrem, que não o agente público, mas por sua indicação. O agente público funciona como um contato. Comete ato de improbidade, mas endereça a vantagem a que “faz jus” a outrem. Admita-se que, em decorrência dessa heterogeneidade de variantes e cruzamentos de interesses, não é fácil demonstrar, no caso concreto, a percepção de vantagem patrimonial indireta nem mediata. É justamente graças a essa dificuldade que se tornou indesejável clichê a impunidade do servidor desonesto e do terceiro que com ele se acumplicia. A elucidação segura, não mera suspicácia, de conexões disfarçadas por manobras triangulares e pelo descompasso temporal entre o ilícito e sua retribuição, demanda profundas investigações. A consequente demora, às vezes, cede ao decurso de prazos prescricivos ou, em outras situações, não logra alcançar a certeza necessária e suficiente, para o ajuizamento positivo de persecução judicial.⁴¹

Em suma, pelo que se constata das pontuações expostas, o sistema prescricional erigido pela Lei nº 8.429/1992 abriga um problema. Existe uma ineficácia normativa quando se está diante de casos mais elaborados de improbidade. A norma não é capaz de operar, em todas as circunstâncias, o efeito para o qual foi criada, qual seja, o sancionamento civil e político-administrativo ao agente corrupto.

Verifica-se que, pela sofisticação da conduta ilícita empregada em determinados casos, acabam se operando os efeitos do alcance do lapso prescricional sem sequer ter havido ciência tempestiva do ilícito, por parte dos órgãos competentes para a persecução e o sancionamento. Consequentemente,

⁴¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149-150.

a norma se reduz a um instrumento que o agente ímprobo mais perspicaz manipula em seu favor, violando totalmente os fundamentos que a embasaram.

Se essa ineficácia prática da lei existe e origina-se de uma inadequação das disposições prescricionais à realidade – no que toca à complexidade das investigações e apurações dos ilícitos, culminando em uma prescrição equivocadamente consolidada –, devem ser irremediavelmente operadas mudanças a fim de reavivar o potencial combativo da norma.

Nessa toada, Waldo Fazzio Júnior reconhece que a lei de improbidade representou avanço, mas assevera a necessidade de constante aprimoramento dos sistemas de repressão aos atos ímprobos⁴².

Ao sopesar prós e contras relativos à eficácia da Lei nº 8.429/1992, Emerson Garcia aduz a ausência de uma plena efetividade jurídica do referido diploma normativo⁴³.

5 INICIATIVAS CONCERNENTES À MODIFICAÇÃO DO SISTEMA PRESCRICIONAL DA LEI Nº 8.429/1992

O incômodo concernente à eficácia da lei, fundamentalmente alicerçado na temática prescricional, não se restringiu à esfera da doutrina jurídica, chegou ao Poder Legislativo e tornou-se projeto de lei.

Tramitou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2511/2003, que se encontra arquivado, o qual propunha o aumento do prazo do inciso I do art. 23 para oito anos, sob a seguinte justificativa:

A presente iniciativa visa exclusivamente ampliar o prazo prescricional da propositura da ação de improbidade administrativa. É certo que o art. 37, § 5º, da Constituição Federal prevê que a lei disporá sobre os prazos prescricionais para ilícitos praticados por agente público, sendo certo também que a Lei nº 8.429/1992 fixou no art. 23, I, o prazo de cinco anos para a propositura da ação competente; Ocorre, entretanto que o prazo de cinco anos previsto na lei, tem se mostrado exíguo para a apuração e competente

⁴² *Ibidem*, p. 13.

⁴³ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Op. cit.*, p. 310.

oferecimento da ação penal pelos órgãos do Ministério Público em todo o país, que muitas vezes esbarrando em dificuldades operacionais, ou sobretudo em dificuldades investigativas provocadas muitas pelo administrador ímprobo, vê-se perecer inúmeras ações de improbidade por quaisquer das hipóteses previstas na lei em comento.⁴⁴

Não obstante o equívoco existente no corpo da justificativa desse projeto de lei – concernente ao ramo jurídico que abriga a matéria improbidade administrativa e, conseqüentemente, disciplina a natureza da ação manejada –, depreende-se dali o incômodo que envolve a dificuldade de a Administração Pública tomar ciência do cometimento do ilícito.

Na mesma casa legislativa tramita o Projeto de Lei nº 7.571/2010⁴⁵, que se encontra aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). O referido projeto teve origem como Projeto de Lei do Senado nº 537, de 2003, e altera o art. 23 da Lei nº 8.429/1992 para estabelecer o prazo prescricional de 10 anos a contar da data do ato de improbidade.

Ademais, na proposta apresentada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)⁴⁶ é delineada nova disciplina processual da Lei de Improbidade Administrativa, constando nele o intuito de ampliação do prazo prescricional.

O art. 35, do texto final do anteprojeto elaborado pela ENCCLA, disciplina novos prazos prescricionais⁴⁷.

⁴⁴ Projeto de Lei nº 2.511/2003 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=143210>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁴⁵ Projeto de Lei nº 7.571/2010 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482393>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁴⁶ “Em 2003, o Ministério da Justiça (atualmente, Ministério da Justiça e Segurança Pública) decidiu ser o ponto de partida para a articulação ao combate sistemático à lavagem de dinheiro e, por consequência, para a desestruturação da criminalidade organizada, criando assim, a Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). A inclusão posterior do enfrentamento à corrupção como um dos eixos temáticos conferiu à Estratégia a completude necessária para que ela se firmasse como uma ferramenta indispensável de fortalecimento do sistema de justiça brasileiro.” (ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos/historico>>. Acesso em: 30 abr. 2017)

⁴⁷ “Capítulo VIII – Da Prescrição. Art. 35. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I – até quinze anos após o término do exercício de cargo em comissão, de função de confiança ou de mandato, contando-se o prazo nesta última hipótese, do término do último

Vê-se, portanto, um empenho daqueles que propõem a modificação legislativa, no intuito de ampliação do prazo prescricional. Intenta-se a dilatação do lapso temporal entre o seu fim, estipulado em lei, e o início de seu escoamento, qual seja, a data em que se perpetrou o ilícito ou o fim do vínculo temporário com a Administração Pública.

Não obstante, há outro caminho para superar a problemática.

6 DA PRESCRIÇÃO E DA TEORIA DA *ACTIO NATA*

Emerson Garcia ensina que a prescrição atua como um fator punitivo, aplicável à inércia de um interessado, pela negligência no exercício do seu direito⁴⁸. É instrumento sancionador àquele que, sendo detentor da pretensão, não a exerce por desinteresse.

[...] a prescrição é fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada. Partindo-se da premissa de que uma pretensão lícita visa à recomposição da ordem jurídica lesada por uma ação ou omissão antecedente, tem-se que todo aquele que contribui para a permanência de uma situação de desequilíbrio, não adotando as medidas necessárias à sua eliminação, deixa de cooperar para estabilização da ordem pública. [...] Por tais motivos e tendo por objeto estabilizar as relações jurídicas incertas, evitando que controvérsias sejam perpetuadas, terminou-se por fixar lapsos temporais dentro dos quais haveriam de ser exercidas determinadas pretensões. A prescrição, assim, fará com que a inércia e o decurso do lapso legal impeçam que o interessado venha a exercer seu

mandato sucessivo do agente processado, em caso de reeleição ou recondução; II - até quinze anos a contar da prática do ato nos casos de exercício de cargo efetivo, emprego ou função pública; III - até quinze anos a contar da prática do ato para os que não sejam agentes públicos, mas que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indiretamente. Parágrafo único. É vedada a vinculação e aplicação de prazos de prescrição estabelecidos em outras legislações para os prazos previstos no *caput* deste artigo. Art. 36. Interrompe a prescrição a instauração de procedimentos administrativos tendentes a apurar os fatos previstos nesta lei, por parte do gestor ou de órgão de controle interno ou externo, de natureza disciplinar ou não, até o final do julgamento." (ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 1149-1150)

⁴⁸ Ibidem, p. 746.

direito, atuando como fator punitivo da negligência e assegurador da estabilidade nas relações sociais.⁴⁹

Carlos Roberto Gonçalves especifica os seguintes requisitos da prescrição:

- a) a violação do direito com o nascimento da pretensão; b) a inércia do titular;
- c) o decurso do tempo fixado em lei. E acrescenta:

Câmara Leal vai buscar na doutrina romana, na pureza cristalina de sua profunda filosofia jurídica, os fundamentos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento da prescrição.⁵⁰

Importante observar que, conforme o entendimento de Câmara Leal, o castigo à negligência é o meio pelo qual se chega ao fim a estabilização do direito, fundado na causa interesse público. Sem que tenha havido negligência para manuseio do direito, impossível a configuração da prescrição, posto que é a negligência o meio pelo qual se consubstancia o instituto.

César Fiúza explica que “haverá prescrição quando se der a perda do direito de ação pela inércia do seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo”⁵¹.

Gisela Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chalhó Lgow, por sua vez, dizem que, para configurar a prescrição, será necessário observar dois elementos essenciais: o tempo e a inércia do titular do direito⁵².

Conforme as autoras,

é preciso levar em conta, no trabalho hermenêutico, a razão de ser da prescrição, de modo que o resultado da

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012. p. 513.

⁵¹ FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 265.

⁵² CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva: questões controversas. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, v. III, 2012. p. 563-587, p. 564. Disponível em: <http://bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/11-09-prescricao-extintiva_questoes-controversas-dialogos-III.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

interpretação não desvirtue a sua *ratio*. Assim, por um lado, não se deve penalizar o credor não inerte e, por outro, deve-se garantir a segurança jurídica, inerente ao instituto.⁵³

Neste contexto, tem-se o art. 189 do Código Civil, que disciplina: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Entretanto, como explicam as autoras, por mais que pareça que o legislador pretendeu definir como termo inicial da contagem do prazo prescricional o momento da violação do direito, não é propriamente essa a solução da questão.

A situação foi esclarecida na Primeira Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a qual estabeleceu que o prazo prescricional começasse com o surgimento da pretensão, que, por sua vez, decorre da exigibilidade do direito subjetivo⁵⁴.

Nesse sentido, Vilson Rodrigues Alves assevera:

O que marca o termo inicial do curso do prazo de prescrição é a exigibilidade do conteúdo do direito – que pode ser, ou não, pela *actio nata* – como se estatui no direito italiano e, com mais ampla expressão, no direito grego, e não a violação do direito a ela subjacente. Por isso mesmo, pode coincidir com a violação a esse direito, ou não.⁵⁵

Gisela Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chalhó explicam ainda que casos há em que a pretensão surge posteriormente à violação, e, nessas situações, seria irrazoável utilizar a data da violação ao direito como marco inicial da contagem da prescrição. Isto porque, quando a

⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁴ “14 – Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.” (I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 10 ago. 2017)

⁵⁵ ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Servanda, 2006. p. 88-89.

pretensão surge em momento posterior à violação, a lesão não pode sofrer resistência no momento de sua perpetração, e assim não pode começar a correr o prazo prescricional.⁵⁶

Em sede jurisprudencial, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.321.967/RS, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da *actio nata*⁵⁷.

O que será necessário determinar em muitos casos é o momento no qual o titular da pretensão teve conhecimento da violação ao direito, pois até então não havia possibilidade de exercer a pretensão⁵⁸. Dessa forma pode-se concluir que

parece mais razoável admitir que o prazo prescricional só começa a correr quando é exigível a pretensão do prejudicado. A primeira vista, o intérprete poderia ser conduzido à errônea impressão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o prazo prescricional tem início com a violação do direito. É que, como visto, a redação do art. 189 do Código Civil induz a essa leitura. O elemento fundamental, contudo, para o cômputo do prazo prescricional deve ser a possibilidade de que o direito seja exercido, e não a sua violação pura e simples. E nem poderia ser diferente, afinal, como visto na introdução, um dos fundamentos da prescrição é justamente a inércia do titular do direito, ausente em casos em que a prestação ainda não pode ser exercida, ou quando sequer é conhecida.⁵⁹

⁵⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. Op. cit.

⁵⁷ Calha a lição de Câmara Leal em seu clássico *Da prescrição e da decadência*: 'Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação'. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt*, não se compreende a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação [...]" (STJ, Ag 1321967, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 03.12.2010). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17596812/ag-1321967?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁵⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. Prescrição extintiva: questões controversas. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, v. III, 2012. p. 563-587, p. 581. Disponível em: <http://bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/11-09-prescricao-extintiva_questoes-controversas-dialogos-III.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

⁵⁹ Idem, ibidem.

Tendo sido compreendida a questão concernente à impossibilidade de se admitir uma prescrição que flua sem ciência do ilícito por parte do titular do direito, passa-se à análise da sugestão de interpretação da Lei nº 8.429/1992.

7 CIÊNCIA DO ILÍCITO COMO MARCO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

Leonardo Dumke Busatto defende a necessidade de aplicação da teoria da *actio nata* aos atos de improbidade administrativa, sugerindo que a prescrição para os atos ímprobos deve seguir a regra do art. 189 do Código Civil. Segundo este autor,

de acordo com a lição de José Carlos Barbosa Moreira, a fonte inspiradora do art. 189 do Código Civil foi o § 194, I, do Código Civil alemão (BGB), que dispõe: “O direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer (pretensão) se sujeita à prescrição”. Nesse dispositivo, encontra-se a consagração da teoria da *actio nata*, segunda a qual o surgimento da pretensão – e, portanto, o início da fluência do prazo prescricional – não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do respectivo direito violado toma conhecimento do fato e da extensão de suas consequências. Trata-se de teoria que encontra respaldo em boa parte da doutrina nacional e aceitação também pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, justamente por conferir ao art. 189 do Código Civil interpretação convergente à finalidade do instituto da prescrição.⁶⁰

O autor firma seu raciocínio no sentido de que não se pode admitir o início do curso da prescrição sem que haja o conhecimento inequívoco da prática dos atos ilícitos que caracterizariam enriquecimento ilícito, dano ao Erário e/ou

⁶⁰ BUSATTO, Leonardo Dumke. O conhecimento da prática do ilícito como marco para a contagem do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/LeonardoBusatto_O_conhecimento_da_pratica_do_ilicito.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

violação a princípios norteadores da Administração Pública, mesmo que tenha ocorrido em épocas passadas⁶¹.

O intuito da prescrição não se funda na exigência desarrazoada de que, às pressas, o sujeito descubra a violação ao seu direito, para que, dentro de um prazo estipulado por lei, tome ciência da referida lesão e exerça com urgência o direito a que faz jus.

Em verdade, o instituto da prescrição tem como intuito a demarcação de um prazo, fundado na segurança jurídica e que só deve começar a fluir a partir do nascimento de uma pretensão, ou seja, do momento no qual o indivíduo, cujo direito tenha sido violado, toma ciência da referida violação. Em seguida, o titular do direito poderá demandar em juízo sua pretensão, sob pena de perder a possibilidade de fazê-lo, em virtude da estabilização das relações.

Não fosse assim, estaria elevando a má-fé, o silêncio doloso destinado ao encobrimento de um ilícito, ao patamar de conduta recompensável. É imperioso salientar que a prescrição não é um troféu ao agente ímprobo que conseguiu alcançá-la, mas uma limitação de agir ao legitimado desidioso que, tendo ciência da perpetração do ilícito, quedou-se inerte, sem impulsionar a devida persecução.

Entendimento em sentido contrário permitiria que os agentes ímprobos pudessem simplesmente acobertar a prática de suas ilegalidades e, assim, beneficiar-se de sua própria torpeza com o decurso do tempo, o que não se pode admitir, sobretudo porque a prescrição consagra a segurança jurídica em face da inércia, e esta última somente pode restar caracterizada a partir do momento em que os fatos se tornam conhecidos para aquele que teve o direito violado e pode exercer o direito de ação.⁶²

Leonardo Dumke Busatto ainda aduz que, exatamente pelo motivo de a lei ter encerrado em seu rol de legitimados ativos o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada, não resta alternativa senão a que aponta no sentido de que a ciência inequívoca do ilícito deve se dar tão somente por um desses dois

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

legitimados, para que se considere o início do escoamento do prazo prescricional; do contrário, não pode haver início de sua contagem⁶³.

Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, na mesma vertente, defende:

A efetividade das disposições da Lei nº 8.429/1992, nesse aspecto, torna necessária uma interpretação “racional” e “razoável” do inciso I do art. 23. Isso é essencial para um melhor aprimoramento dos instrumentos de combate à improbidade administrativa, que só acontecerá com uma modificação do critério para contagem do termo inicial do prazo prescricional para os casos disciplinados no mencionado inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992. Nossa proposta é fazer tal contagem a partir do momento em que o ato de improbidade administrativa se torna conhecido, estendendo a disciplina do inciso II do mencionado art. 23 aos agentes que hoje têm sua situação jurídica disciplinada pelo inciso I do mesmo artigo. Como já afirmamos acima, a prescrição pressupõe a inércia do titular do direito e só essa situação pode legitimar e justificar o reconhecimento dos efeitos jurídicos do instituto da prescrição. Quem não é inerte não pode sofrer as consequências da prescrição. A mesma observação deve ser feita para os casos em que a Administração desconhece a existência do ato de improbidade praticado por seus agentes. Na verdade, a natureza da prescrição importa na ideia de se estabelecer uma “reprimenda à desídia dos legitimados à propositura da ação” (Garcia, 2006, p. 518). Essa desídia não existe quando o designado legitimado não tem nem pode ter o necessário conhecimento dos fatos envolvidos no ato de improbidade administrativa e ante tal fato não tem condições concretas de adotar providências para coibir

⁶³ Idem.

a prática do ato de improbidade ou de buscar reparação e sanção para os mesmos atos.⁶⁴

É acompanhando esse entendimento que o presente trabalho percebe a necessidade de releitura do sistema prescricional da improbidade administrativa. A efetividade da norma acaba por ser maculada pela forma como a prescrição torna-se incapaz de combater os esquemas de corrupção mais refinados.

Emerson Garcia, fazendo uma análise de efetividade normativa, aponta que

o combate à corrupção está diretamente entrelaçado à perspectiva de efetividade das sanções cominadas. A prática de atos de corrupção, dentre outros fatores, sofre um sensível estímulo nas hipóteses em que seja perceptível ao corrupto que reduzidas são as chances de que sua esfera jurídica venha a ser atingida em razão dos ilícitos que perpetrar. [...] O temor que reduzirá o ímpeto do agente para a prática do ilícito surge a partir da constatação de que uma sanção será inevitavelmente aplicada. Ao revés, não obstante a cominação legal, havendo a certeza de que a sanção não se efetivará, o temor se transmuda em estímulo, em muito enfraquecendo os freios inibitórios do agente.⁶⁵

É importante observar que, em não se procedendo a uma releitura do sistema prescricional com base na teoria da *actio nata*, permanecerão sendo privilegiados os agentes ímprobos tratados pelo art. 23, I.

No caso do inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, como redigido, a norma faz com que a contagem do prazo prescricional dependa de um fator pouco objetivo para os fins e interesses que a própria lei protege e torna frequente o reconhecimento da prescrição nos casos

⁶⁴ HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Início do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa (crítica ao inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992). In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 284-311, p. 306. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 1º mai. 2017.

⁶⁵ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 68-69.

concretos. Tal fato impede a adequada coibição dos atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes públicos que podem causar mais danos aos interesses públicos: os agentes políticos e os servidores graduados da Administração que exercem cargos em comissão ou em função de confiança. Para esses servidores, assim, a regra é a criação de uma situação que leva à impunidade.⁶⁶

Por mais que se sustente que a contagem do prazo prescricional a partir do fim do mandato visa aproveitar momento a partir do qual cessará a influência que poderia ser exercida pelo agente ímprobo na apuração dos fatos⁶⁷, ou cessarão as possibilidades de o corrupto manipular servidores, cooptar fornecedores de bens e serviços, esconder provas, pressionar testemunhas ou praticar outros atos que representem empecilhos à investigação⁶⁸, essa esperança de que com o fim do mandato ocorrerá quebra de vínculo, entre o mandatário e a Administração Pública, acaba por não ser sempre satisfeita.

Em que pese essas expectativas de que o fim do vínculo encerrará a influência do agente, é importante ter em vista a observação que Emerson Garcia faz: “Não raro os desvios comportamentais dos gestores do patrimônio público, especificamente daqueles que ascenderam ao poder via mandato eletivo, são meros desdobramentos de alianças que precederam a própria investidura do agente”⁶⁹.

Figuram no inciso I do art. 23 os detentores de cargos eletivos do alto escalão de poder, envolvidos por laços políticos, desde a sua vinculação aos partidos que os elegeram. O poder político desses agentes nem sempre se opera exclusivamente quando no exercício da função pública, pois advém das suas origens políticas, dos apoios político-partidários que obtiveram com o tempo e da força política que detêm em virtude das relações interpessoais construídas com aqueles que os conduziram ao poder.

⁶⁶ HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Op. cit.

⁶⁷ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 54.

⁶⁸ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁹ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 54.

Depreende-se daí a probabilidade de que a influência política de um agente mandatário – sobre a Administração Pública ou sobre o seu quadro de pessoal – não se dissolva pelo simples término do seu governo.

Por certo, ninguém ignora que o resultado de um procedimento eletivo não se encontra unicamente vinculado às características intrínsecas dos candidatos vitoriosos. O êxito nas eleições, acima de tudo, é reflexo do poder econômico, permitindo o planejamento de uma estratégia adequada de campanha, com a probabilidade de que seja alcançada maior parcela do eleitorado. Esta receita, por sua vez, é originária de financiamentos, diretos ou indiretos de natureza pública ou privada. O dinheiro público é injetado em atividades político-partidárias com a utilização dos expedientes de liberação de verbas orçamentárias, de celebração de convênios às vésperas do pleito etc., fazendo que o administrador favorecido aufera maior popularidade, que reverterá para si, caso seja candidato à reeleição, ou para a legenda partidária a que pertença, alcançando os candidatos por ele apoiados. Tratando-se de financiamento privado, a imoralidade assume perspectivas ainda maiores. Estas receitas, em regra de origem duvidosa, não consubstanciam mero ato de benevolência ou um abnegado ato de exteriorização de consciência política. Pelo contrário, podem ser concebidas como a prestação devida por um dos sujeitos de uma relação contratual de natureza sinalagmática, cabendo ao outro, tão logo seja eleito, cumprir a sua parte na avença, que normalmente consistirá na contratação de pessoas indicadas pelos colaboradores para o preenchimento de cargos em comissão, na previsão de dotações orçamentárias ou na liberação de verbas destinadas a projetos de interesse dos financiadores [...].⁷⁰

⁷⁰ Ibidem, p. 54-55.

Daí concluir-se que, em alguns casos, a influência do ex-mandatário sobre a coisa pública não se dissolve *in totum* pelo fim do mandato, porque seus conhecidos, companheiros partidários, ou mesmo terceiros vinculados por favores, estarão propositadamente ocupando funções públicas. Por conseguinte, esse conglomerado de interesses privados escusos, articulados dentro do Poder Público, obstará as descobertas dos ilícitos.

A prática nacional, com efeito, exige uma mudança na interpretação desse dispositivo e torna essencial, até para a necessária aplicação dos demais dispositivos da lei, vincular o termo *a quo* do prazo de prescrição a outra condição objetiva, que pode ser, por exemplo, como defendemos, o momento de conhecimento do ato ímprobo pela própria Administração. Este seria um marco mais lógico e racional para estabelecimento do início do prazo prescricional. Considerando os interesses tutelados pela Lei nº 8.429/1992, e na linha do que defendia Nelson Hungria, fatos que “criam uma situação antijurídica” deveriam ser tratados como exceção.⁷¹

A fim de demonstração de um sistema prescricional eficiente aos desideratos do controle de corrupção, vale invocar o art. 25 da Lei nº 12.846/2013, a Lei de Responsabilização de Pessoas Jurídicas⁷².

Emerson Garcia comenta, acerca do dispositivo supratranscrito: “Como se percebe, o novo diploma normativo foi sensível à realidade, isso em razão da conhecida dificuldade em ter-se conhecimento de ilícitos praticados às escondidas, o que desaconselha que o termo *a quo* do prazo prescricional seja a sua prática”⁷³.

Veja-se que não é necessária a estipulação de prazos prescricionais tão extensos quando a estrutura do sistema é dotada de razoabilidade. Pode se

⁷¹ HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Op. cit.

⁷² “Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.”

⁷³ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 297.

conferir eficácia a uma norma de combate à corrupção com iniciativas simples: o prazo prescricional ter a sua contagem iniciada com a ciência inequívoca do ilícito e a interrupção desse prazo prescricional quando da instauração de processo administrativo ou judicial que tenha por objetivo apurar a infração⁷⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destoa dos fundamentos do instituto da prescrição a sua consolidação despida de inércia ou negligência do titular do direito. Não há como se cogitar o fluxo de um prazo prescricional sem que o detentor do direito, no caso a Administração Pública, tenha ciência da sua violação. Não há como se falar em negligência ou inércia quando sequer houve possibilidade de a Administração se defender da violação ao seu direito, posto que ausente a própria ciência dessa violação.

É inegável a ocorrência de um privilégio prescricional aos sujeitos ocupantes do inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, posto que ali se firma um marco inicial de contagem do prazo de prescrição destoante da lógica jurídica e que difere de qualquer outro dispositivo integrante da estrutura normativa de controle de corrupção.

No cenário da Lei nº 12.846/2013, o prazo não só começa a contar da ciência do ilícito, como é interrompido quando se instaura processo administrativo ou judicial para a respectiva apuração. Dentro do próprio âmbito do art. 23, seu inciso III traz redação que oportuniza à Administração Pública a ciência inequívoca do ilícito, e, ainda no contexto do art. 23, em seu inciso II, quanto aos servidores públicos civis e empregados do Poder Público Federal, a regra é a contagem do prazo a partir da ciência do ilícito, sendo que a instauração da sindicância ou do processo disciplinar interrompem a prescrição, na forma do art. 142 da Lei nº 8.112/1990.

⁷⁴ O Projeto de Lei nº 1.446, de 1991 (primeiro contorno normativo do que hoje é a Lei nº 8.429/1992) originou-se na Câmara dos Deputados e, conforme o trâmite legislativo, foi remetido à casa revisora, o Senado Federal. Após a elaboração do Substitutivo por esta casa, retornou à Câmara dos Deputados, contendo, em seu art. 28, a seguinte redação: “Art. 28. As ações tendo por objeto a aplicação das penalidades previstas nesta Lei prescrevem: I - em vinte anos, quando se tratar de sanção patrimonial; II - em dez anos, nos demais casos. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, a prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 547.) Entretanto, antes de o projeto ser submetido à sanção presidencial, a referida sugestão do Substitutivo foi ignorada pela casa iniciadora, tendo sido sancionada a lei com as disposições prescricionais até hoje vigentes.

Como se constatou, não é correto inferir que a influência dos agentes públicos mandatários sobre a coisa pública se exaure ao fim do mandato. É possível cogitar a hipótese de uma estrutura de pessoal infiltrada na Administração, por meio de cargos de confiança ou mancomunações ilícitas, que atue para ocultar delitos outrora perpetrados pelo agente ímprobo a quem deva favores.

A consolidação da segurança jurídica do agente corrupto, fundada no escoamento do lapso prescricional, nesses casos, não defluiria de inércia ou negligência da Administração Pública. Muito pelo contrário, seria consequência minuciosamente moldada, garantida pelo silêncio daqueles que, cientes das ilicitudes, atuaram contra o interesse público no intento de mantê-las encobertas, o que subverte toda a estrutura do Estado Democrático de Direito.

A prescrição em casos assim é claramente despida de juridicidade, posto que revestida da má-fé daqueles que por meios escusos encobriram os ilícitos perpetrados para constituir uma ilegítima prescrição.

Justamente em face da constatação de tais abusos a doutrina vem apontando que o único elemento hábil a poder desencadear o curso da prescrição deve ser a ciência do ilícito por parte da Administração Pública, titular do direito de demandar o agente ímprobo.

Questão mais sensível e que fundamenta essa releitura do prazo prescricional é o significado prático da prescrição da improbidade para a sociedade. É grande o risco de prejuízo para o patrimônio público ante a consolidação dessa prescrição despida de juridicidade.

Prescrita a possibilidade de sancionamento do agente ímprobo, restará inviabilizada qualquer forma legítima de afastá-lo da administração que exerça sobre a coisa pública. A corrupção opera efeitos devastadores ao interesse público, pois funciona como entrave à concretização das políticas de efetivação dos direitos sociais, drena a verba pública que deveria ser destinada à saúde, à educação e aos outros serviços públicos, criando um cenário social de vulnerabilidade e carência.

O maior risco de não se extirpar dos quadros da Administração Pública os agentes ímprobos é a possibilidade de manutenção da degradação dos recursos públicos, em virtude de novos atos de corrupção, agravando em muito as mazelas decorrentes da escassez desses recursos ou da sua incorreta administração.

Buscando atribuir maior eficácia à Lei nº 8.429/1992, a alternativa apontada pela doutrina é a releitura do sistema prescricional da improbidade administrativa com base na teoria da *actio nata*, a fim de tornar mais palpável a devida aplicação das sanções, com a conseguinte proteção do interesse público.

Se a persecução ao agente ímprobo começa a fluir a partir da ciência do ilícito pela Administração Pública, privilegia-se o interesse público no sentido de vedar a possibilidade de esse agente se beneficiar dos esforços que tenha eventualmente promovido para guardar sigilo acerca das irregularidades por ele perpetradas.

Diante disso, restará intacta a possibilidade de afastá-lo da Administração Pública, independentemente de já terem escoado os cinco anos após o fim do mandato, uma vez que ainda estará sujeito à suspensão dos seus direitos políticos e à perda da função pública que eventualmente exerça, afastando-se, conseqüentemente, o risco de dilapidação contínua do patrimônio público por parte desse mesmo agente, pois agora contar-se-ão os cinco anos da ciência do ilícito.

Caso prescrita a possibilidade de ajuizar a ação de improbidade na hipótese em que o prazo é contado do fim do mandato, o agente continuaria a gozar do cargo público que detém, bem como conservaria seus direitos políticos, podendo eleger-se a qualquer outro cargo que pretendesse, representando um risco contínuo à moralidade administrativa e ao patrimônio público enquanto permanecesse na Administração.

Nessa última hipótese, só restaria a possibilidade de reclamar dele o dano ao Erário, única sanção imprescritível, que não previne a Administração Pública de eventual reiteração daquele agente na improbidade administrativa, porque não garante que ele seja vedado de exercer função pública por um prazo minimamente razoável, ainda que evidentemente ímprobo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALVES, Wilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Servanda, 2006.

AVELINO FILHO, George; BIDERMAN, Ciro. A doença da corrupção: o desvio de fundos e a saúde pública nos municípios brasileiros. *Anuário de Pesquisa 2013-2014 FGV-*

EAESP. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/anuarios/anuario_2014cr_01.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2511/2003, de 18 de novembro de 2003. Altera o inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=143210>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.571/2010, de 1º de julho de 2010. Altera o art. 23 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para estabelecer prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado da data do ato de improbidade administrativa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482393>>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2017.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. Escola Superior do Ministério Público da União. A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao Erário. Elaboração: André de Carvalho Ramos (Coord.), Allan Versiani de Paula et al. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/imprescritibilidade-ebook.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BUSATTO, Leonardo Dumke. O conhecimento da prática do ilícito como marco para a contagem do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/LeonardoBusatto_O_conhecimento_da_pratica_do_ilicito.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. Prescrição extintiva: questões controversas. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, v. III, 2012. p. 563-587. Disponível em: <http://bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/11-09-prescricao-extintiva_questoes-controversas-dialogos-III.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIESP. Relatório Corrupção: Custos Econômicos e Propostas de Combate, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. Comentário ao artigo 37, § 4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 894-902.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 10. ed. Niterói: Impetus, v. IV, 2014.

HENRIQUES FILHO, Tarcício Humberto Parreiras. Início do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa (crítica ao inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992). In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coord.). *Questões práticas sobre improbidade*

administrativa. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 284-311. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 1º out. 2017.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2015.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLATES, José Rubens. Direito fundamental ao governo honesto. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília/DF, a. 10, n. 36, Edição Especial, p. 79-100, 2011. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-36-edicao-especial-2011/direito-fundamental-ao-governo-honesto>>. Acesso em: 2 out. 2017.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 8, n. 30/31, p. 191-233, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-30-e-n.-31-janeiro-dezembro-de-2009/improbidade-administrativa-e-dano-moral-coletivo>>. Acesso em: 29 set. 2016.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, ano XVI, n. 484, p. 5-12. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Corrupcao_Como_entrave_ao_desenvolvimento.pdf/68ef8689-64e8-42a2-add7-4c776dae0534;jsessionid=59B5FFC3D303199429978698EA85A697.node01?version=1.0>. Acesso em: 30 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TASSI, José Antonio. Lei de Improbidade Administrativa: estudo sobre o prazo prescricional. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília/DF, a. 10, n. 36, Edição Especial, p. 101-134, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7910/06%20Jose%20Antonio%20Tassi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

Submissão em: 09.01.2018

Avaliado em: 18.06.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.06.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 02.07.2018

**A DIGNIDADE HUMANA SEGUNDO O ARTIGO 1 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA
COMO “SUPERDIREITO FUNDAMENTAL” A UM BOM
ORDENAMENTO: A MUDANÇA DE UM PRINCÍPIO
ORIENTADOR¹⁻²**

*HUMAN DIGNITY ACCORDING TO ARTICLE 1 OF THE GERMAN FEDERAL
CONSTITUCION AS A “SUPER FUNDAMENTAL RIGHT” TO A GOOD
ORDER: THE MUTATION OF A GUIDING PRINCIPLE*

Christoph Enders³

Professor na Universidade de Leipzig (UNI-Leipzig, Leipzig, Alemanha)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito cons-
titucional; princípios fundamentais;
dignidade da pessoa humana.

RESUMO: A dignidade humana foi
consagrada como valor e princípio
fundamental na ordem jurídica e
constitucional alemã, desde a Lei
Fundamental (Constituição) de 1949. O
artigo busca demonstrar que a dignidade
humana assume a função, além de um
princípio fundamental e orientador do

restante da ordem jurídico, como uma
espécie de “superdireito” fundamental,
no sentido de um direito a ter direitos.

ABSTRACT: *Human dignity was
considered a fundamental value and
principle in the German legal order since
1949. This paper intends to demonstrate
that dignity assumes a funktion of a super
fundamental in the sense of a right to have
rights, besides acting as a fundamental
principal for the legal order.*

¹ Título original: “Die Menschenwürde nach artikel 1 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland als ‘Supergrundrecht’ auf gute Ordnung: Vom Wandel eines Leitprinzips”.

² Tradução de Luís Marcos Sander. E-mail: sanderjeanne@terra.com.br.

³ Doutor em Direito. Presidente de Direito Público, Teoria Política e Constitucional. Diretor Executivo do Instituto de Fundações de Direito da Universidade de Leipzig. E-mail: chenders@uni-leipzig.de. Currículo: <https://staatundverwaltung.jura.uni-leipzig.de/download/0/0/1847190332/e5f43520-d82cf5631cd6888fc11a88aa609c4683/fileadmin/staatundverwaltung.jura.uni-leipzig.de/uploads/dokumente/Enders_eng_CV.pdf>.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade humana; “superdireito fundamental”; princípio orientador.

KEYWORDS: *human dignity; “super fundamental right”; guiding principle.*

SUMÁRIO: 1 A dignidade humana segundo o artigo 1 da Constituição alemã: seu direito originário da capacidade jurídica; 2 A dignidade humana como princípio constituinte supremo do ordenamento constitucional; 3 Tendências de ampliação: a dignidade humana como superdireito fundamental; 4 Contradições de uma garantia jus-subjetiva da dignidade; 5 Menos direitos, mais responsabilidade política e mais engajamento cidadão.

SUMMARY: *1 Human dignity according to article 1 german Constitution: a right based on the legal capacity; 2 Human dignity as super fundamental and constituent principle of the constitutional order; 3 Expanding tendencies: human dignity as a super-fundamental-right; 4 Contradictions of a subjective guarantee of human dignity; 5 Less rights, more responsibility and more engagement from the citizen.*

1 A DIGNIDADE HUMANA SEGUNDO O ARTIGO 1 DA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ: SEU DIREITO ORIGINÁRIO DA CAPACIDADE JURÍDICA

Existe consenso quanto à eminente importância da proposição acerca da dignidade humana com a qual a Constituição alemã de 23 de maio de 1949 introduz a primeira seção, que trata dos direitos fundamentais: quando o art. 1, par. 1, frase 1, da Constituição declara que a “dignidade humana” é “inviolável”, o Estado preconizado na Lei Fundamental não só se distancia – em termos negativos – do sistema de injustiça do Estado nacional-socialista que negou e espezinhou a dignidade humana. Essa proposição tem igualmente um sentido programático: com o reconhecimento da dignidade humana no art. 1 da Constituição se reafirma – em termos positivos – a tradição dos direitos humanos que se tornou marcante para o Estado constitucional de cunho ocidental. O Estado alemão pretende, sob essa Constituição, inserir-se nessa tradição que atribui ao ser humano direitos em função dele mesmo, ou seja, em função de sua dignidade e na tradição dos Estados que se comprometeram com essa mesma tradição. A proposição acerca da dignidade humana formula a base, o pressuposto lógico do raciocínio de tudo que se segue: para o reconhecimento dos direitos do ser humano que lhe cabem como direitos humanos por força de sua dignidade (art. 1, par. 2, da

Constituição), para a implementação e concretização desse reconhecimento em direitos humanos avulsos diretamente aplicáveis (art. 1, par. 3) que vinculam o poder estatal em todas as suas funções. O Estado – é isso que se visa dizer, de modo semelhante à disposição introdutória do esboço de *Herrenchiemsee* para a Constituição⁴ – tem a *função de servir*. O poder estatal precisa justificar suas medidas diante da liberdade dos indivíduos que, em princípio, é igual. Esse ônus justificatório do Estado, fixado imutavelmente pela “cláusula pétrea” do art. 79, par. 3, da Lei Fundamental, exclui também a possibilidade de que, sob a Constituição, quaisquer princípios, direitos ou interesses do bem comum – mesmo que imanentes à Constituição ou reconhecidos por ela – sejam preferidos à dignidade humana e realizados às custas dela.

Mas o que significa *juridicamente* atestar à dignidade humana o reconhecimento que lhe cabe e lhe dar a proteção adequada? O caráter *jurídico* da proposição constitucional a respeito da dignidade humana é altamente controvertido. A posição do art. 1 da Constituição no início da primeira seção da Lei Fundamental, sobretudo a estruturação sistemática interna dessa disposição, que avança de uma propriedade que caracteriza o ser humano como ser humano para direitos humanos pré-estatais e destes para direitos fundamentais positivos, torna plausível a suposição de que junto com a dignidade humana se esteja reconhecendo um “direito a direitos” pré-estatal, a direitos que estão a serviço da preservação da dignidade humana. Essa é, ao mesmo tempo, a ideia orientadora de todas as declarações de direitos humanos⁵. O Estado constitucional moderno se comprometeu com ela, cujo modelo o Estado da Lei Fundamental declara seguir com seu art. 1.

Quando, porém, se indaga com mais precisão o que poderia significar “direito a direitos” no contexto de um ordenamento constitucional, a alegação feita por Hannah Arendt em 1949, muitas vezes citada em conexão com esse assunto, aponta na direção errada. O conceito de “direito a ter direitos” de Hannah Arendt caracterizava, antes, um déficit da ideia dos direitos humanos, uma debilidade que tem seu fundamento justamente na força revolucionária

⁴ Segundo essa disposição, o Estado deveria “existir por causa do ser humano, e não o ser humano por causa do Estado” (Entwurf des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee, art. 1 abs. 1. In: DEUTSCHER Bundestag und Bundesarchiv (Ed.). *Der Parlamentarische Rat 1948-49 – Akten und Protokolle*. Boppard am Rhein, v. 2, 1981. p. 580); cf., ainda, p. 513.

⁵ Provavelmente o primeiro a fazer referência a essa ideia orientadora dos direitos humanos foi Jacques Maritain (*The Rights of Man and Natural Law*. London, 1944. p. 37).

dessa ideia⁶, pois essa ideia vê o ser humano como ser humano com capacidade a direitos, e para ela cada ser humano tem, por sua própria causa, um direito jurídico inato a respeito, sem conexão com as circunstâncias históricas e políticas concretas, sem consideração de raça, religião, gênero, constituição mental ou física ou origem social. Esse direito jurídico, entretanto, perde-se no vazio se nenhum poder mundano o assumir, reconhecer e proteger. As pessoas que não pertencem a uma comunidade política, por cuja proteção nenhum Estado se empenha, estão *de facto* privados de direitos. Para eles, os direitos humanos não têm valor. Por isso, Arendt proclamou o “direito a nacionalidade”, a ser membro de uma comunidade política concreta, como direito genuíno e originário do ser humano. Esse direito, contudo, só pode ser garantido, como tal, pela *comunidade* dos Estados (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 15). Oferecer a cidadania a todas as pessoas apátridas no mundo todo não é dever dos diversos Estados nem está em seu poder. Os Estados avulsos só podem – como o faz a República Federal da Alemanha no art. 16, par. 1, da Constituição – comprometer-se a evitar a cassação da nacionalidade caso esta acarrete que a pessoa atingida se torne apátrida. De resto, o constituinte efetivamente percebeu a objeção de Hannah Arendt e a considerou legítima. Por isso, o Conselho Parlamentar não quis uma declaração de direitos bem-soante, mas ineficaz. Exatamente por esta razão, na Lei Fundamental a ideia puramente abstrata de direitos que cabem ao ser humano em função de sua dignidade é concretizada por garantias com vinculação jurídica direta (art. 1, par. 3).

Por isso, uma segunda direção na qual o “direito a direitos” poderia ser desenvolvido com base na ideia de Hannah Arendt⁷ induz ao erro: a pertença a uma comunidade política não é protegida por esse direito, segundo sua acepção original, nos moldes de uma participação do indivíduo no processo político em pé de igualdade com os demais. É certo, porém, que a dignidade do ser humano reside em sua autonomia, na capacidade para a autodeterminação que o identifica como pessoa. E a autodeterminação do ser humano como pessoa não se manifesta apenas em direitos que sirvam à tutela de sua esfera jurídica, mas também na participação no processo político⁸. Se, porém, se perguntar a que

⁶ ARENDT, Hannah. Es gibt nur ein einziges Menschenrecht. *Die Wandlung*, v. 4, p. 754-770 (760, 766, 770), 1949.

⁷ MÖLLERS, Christoph. *Staat als Argument*. 2. ed. Tübingen, 2011. p. XLVIII.

⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Karlsruhe, v. II, n. 36, § 24, 2004. p. 429-496.

tipo de direitos o ser humano deve ter direito segundo o art. 1 da Constituição alemã, a Lei Fundamental acentua, no art. 1, par. 3, um outro ponto de vista: a obrigação do poder estatal, e também do Poder Legislativo, de se justificar diante da liberdade igual dos indivíduos garantida pelos direitos fundamentais. Portanto, o foco de atenção da Lei Fundamental não reside, no art. 1 da Constituição, na participação democrática dos indivíduos, e, sim, inversamente, no dever de justificação do Estado, direcionando os direitos fundamentais avulsos particularmente também ao Legislativo.

Por isso, o “direito a direitos” se refere, de modo geral, à *capacidade jurídica do ser humano*, à sua capacidade de ser portador de direitos e deveres. Seu *direito originário* consiste em ter direitos e, por conseguinte, ser reconhecido como pessoa⁹. A relação do ser humano com o poder estatal não deve ser uma relação de sujeição unilateral sob o poder superior do Estado, e sim uma relação de direitos e deveres mútuos, uma *relação jurídica*. Com isso, no art. 1, par. 1, frase 1, a Constituição não faz, segundo as concepções originais do constituinte, um enunciado *do* direito em si, não emite uma proposição jurídica judicialmente cobrável ou de outra maneira executável, mas faz um enunciado *sobre* o direito – sobre o fato de que o direito deve ser configurado adequadamente ao ser humano e sobre a maneira como isso deve ser feito. Os direitos fundamentais que se seguem oferecem a interpretação vinculante desse enunciado. Em outras palavras: com a proposição a respeito da dignidade humana o constituinte empreendeu a tentativa de elevar a “norma fundamental” de Hans Kelsen da condição de pressuposto conceitual meramente virtual do ordenamento jurídico do Estado – sem o qual o direito não poderia ser concebido – à condição de ideia orientadora produtora do conteúdo e sentido do edifício da Lei Fundamental. Ele fez isso incluindo a proposição acerca da dignidade humana no texto da Constituição e, com isso, estabelecendo uma conexão do fim último preexistente do Estado com a implementação juridicamente efetiva desse fim no ordenamento estatal constitucional que reconhece e protege os direitos do indivíduo¹⁰.

⁹ Enfocando a Constituição alemã, ENDERS, Christoph. *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*. Tübingen, 1997. p. 502 s.; cf. KIRSTE, Stephan. Die beiden Seiten der Maske: Rechtstheorie und Rechtsethik der Rechtsperson. In: GRÖSCHNER, R. et al. (Ed.). *Person und Rechtsperson*. Tübingen, 2015. p. 345-375 (366).

¹⁰ ENDERS, Christoph. Die normative Unantastbarkeit der Menschenwürde. In: GRÖSCHNER, R.; LEMBCKE, O. W. (Ed.). *Das Dogma der Unantastbarkeit*. Tübingen, 2009. p. 69-92, 72 com n. 9; ISENSEE, Josef. Würde des Menschen. In: MERTEN, D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte*. Karlsruhe, v. IV, n. 94, § 87, 2011. p. 3-135.

2 A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUINTE SUPREMO DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

A concepção dominante, em breve, depreendeu um enunciado mais forte da disposição do art. 1 da Constituição: do teor fundamental da proposição a respeito da dignidade humana, de sua posição no início da Lei Fundamental e da circunstância de que ela está protegida de mudança constitucional se derivou a afirmação de que essa proposição deve ser o princípio fundamental do direito constitucional objetivo, o *princípio constitucional supremo do ordenamento constitucional*.

Essa concepção implica consequências que aqui só estão sendo esboçadas brevemente porque há muito já se tornaram elementos naturais, ainda que não escritos, da prática cotidiana do direito constitucional: a posição destacada como princípio constituinte sustentador do direito constitucional objetivo faz da dignidade humana a diretriz interpretativa e o critério ponderativo em todos os casos em que a posição jurídica do ser humano esteja em jogo – basicamente, portanto, em todos os casos atinentes aos direitos fundamentais –, pois a dignidade humana é, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal, o *fundamento de todos os direitos fundamentais*, que, por sua vez, entendem-se como concretização dessa ideia orientadora. Portanto, podem-se extrair pontos de vista interpretativos e ponderativos da dignidade humana. Faz-se, por exemplo, referência à dignidade humana para a *fundamentação do direito geral de personalidade*: a determinação do indivíduo sobre si mesmo depende de pressupostos que se caracterizam fazendo referência à dignidade humana e se resumem sob o título do direito geral de personalidade (art. 2, par. 1, em conexão com art. 1, par. 1, da Constituição), que, por exemplo, protege a honra pessoal, o direito em relação à própria palavra e à própria imagem, e a autodeterminação informacional¹¹.

O princípio constituinte da dignidade humana independe, como princípio do direito constitucional objetivo, inclusive, da capacidade subjetiva atual para a autodeterminação. Ele tem eficácia para além da morte do portador do direito fundamental e, por conseguinte, de sua capacidade em relação aos direitos fundamentais, constituindo a base para um direito ao valor e ao respeito pós-

¹¹ P. ex., BVerfGE 54, 148; BVerfGE 120, 274. Nesse caso, estão em pauta questões de imputação de circunstâncias que marcam a identidade: circunstâncias da esfera da personalidade que definem a identidade nas relações externas só podem ser apuradas e imputadas, sem o assentimento da pessoa afetada, com base em uma permissão legal específica.

-mortais¹². Inversamente, a dignidade humana enquanto princípio se estende ao espaço de tempo anterior ao nascimento. Mediante recurso à dignidade humana, o embrião humano no útero materno¹³ e *in vitro* já é declarado portador do direito fundamental à vida e integridade física, porque a dignidade humana que cabe a toda vida humana não permitiria uma diferenciação na extensão da capacidade jurídica.

Entretanto, a proposição constitucional acerca da dignidade humana não orienta apenas a interpretação de garantias de direitos fundamentais avulsos, mas também atua como *critério ponderativo* juridicamente objetivo quando é preciso definir a relação entre diversas posições jurídicas conflitantes. Nem interesses da coletividade, nem de indivíduos, devem ser implementados às custas da dignidade humana. Isso chega ao ponto de que o princípio objetivo da dignidade estabelece limites até mesmo para o princípio da autodeterminação autônoma e exclui a possibilidade de que o indivíduo renuncie voluntariamente à sua dignidade¹⁴.

A questão sobre quando a dignidade humana é objeto de menosprezo é respondida, segundo uma concepção bastante difundida, pela *fórmula do objeto*, também utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal: deve-se supor a ocorrência de uma violação da dignidade humana quando o indivíduo é usado como mero objeto para fins alheios, quando é instrumentalizado e quando, com isso, sua posição como sujeito jurídico é desrespeitada (por isso também se usa o termo *proibição de instrumentalização*)¹⁵. Com base nisso, o Tribunal Constitucional Federal declarou inconstitucional a derrubada de aviões comerciais que sejam sequestrados por terroristas e usados como arma: nesse caso, os passageiros

¹² BVerfGE 30, 173 (194) - Mephisto.

¹³ BVerfGE 88, 203 (251 f.) - Interrupção da gravidez II.

¹⁴ Cf. BVerwGE 64, 274 - Peep-Show; BVerwGE 115, 189 - Laserdrome. Tanto a apresentação sexualmente excitante de mulheres que as torne objeto de curiosidade e desejos masculinos quanto os jogos de simulação de homicídio que fomentem uma atitude de desprezo ao ser humano por parte dos jogadores violam, segundo essa concepção, a dignidade humana mesmo que todas as pessoas afetadas participem de livre e espontânea vontade. Entretanto, não está claro onde começa o âmbito da dignidade humana do qual sequer o indivíduo pode dispor: o Tribunal Constitucional Federal distingue, ocasionalmente, sem proceder a uma delimitação clara, entre a "periferia do âmbito de proteção" da dignidade humana, que deixa espaço para a disposição autônoma de si mesmo, e o "teor central" da dignidade humana, que se subtrai a uma disposição mediante renúncia voluntária (mas relevante para o âmbito central) - BVerfG Resolução de 09.05.2016 - 1 BvR 2202/13, EuGRZ 2016, 474 (479 s., n. 57).

¹⁵ BVerfGE 115, 118 (153) - Lei de Segurança Aérea.

e a tripulação a bordo seriam, mediante desrespeito à sua posição de sujeitos jurídicos, sacrificados em prol do alcance de objetivos do Estado e degradados à condição de meros meios da ação de salvamento. O Estado, porém, só pode cumprir sua obrigação de proteger as pessoas em terra ameaçadas pelo ataque terrorista em consonância com a Constituição, ou seja, sem violar a proibição de instrumentalização da dignidade humana.

Se se obtém, dessa maneira, esse critério ponderativo supremo da proposição constitucional acerca da dignidade humana, então a dignidade humana, para estabelecer o critério de ponderações, não pode, por sua vez, ser passível de ponderações, pois nesse caso ela só poderia cumprir a função de critério que lhe cabe dependendo de uma ponderação sempre referente a um caso avulso. Isso constituiria uma contradição interna com sua função de ser um critério de solução de conflitos imutavelmente estabelecido e de ordem superior. Portanto, o que os termos da proposição sugerem ao declarar a dignidade humana intangível é confirmado, de acordo com a concepção dominante, pela função jusdogmática dessa proposição: à proposição acerca da dignidade humana inere, por força do direito constitucional objetivo, uma pretensão de aplicação absoluta que se subtrai inteiramente a ponderações¹⁶.

3 TENDÊNCIAS DE AMPLIAÇÃO: A DIGNIDADE HUMANA COMO SUPERDIREITO FUNDAMENTAL

O desenvolvimento mais recente mostra, contudo, que o nível dos efeitos do princípio jurídico objetivo não satisfaz a pretensão de aplicação absoluta da norma referente à dignidade que geralmente se supõe. Se a norma referente à dignidade visa garantir a posição de sujeito do ser humano, então uma garantia meramente *jurídica objetiva* parece contraditória em si. Parece plausível confiar logo essa proteção da subjetividade a um *direito fundamental à dignidade humana*. Segundo uma exigência antiga de grande parte da literatura, a norma referente à dignidade só se torna uma garantia autêntica de dignidade como direito fundamental.

Durante muito tempo, o Tribunal Constitucional Federal evitou tomar um posicionamento inequívoco. Com suas decisões de 30 de junho de 2009 sobre o Tratado de Lisboa e, particularmente, de 9 de fevereiro de 2010 sobre o mínimo existencial, ele transformou, então, a dignidade humana em um direito subjetivo

¹⁶ ISENSEE, 2011, § 87, n. 95.

a tudo o que caracteriza um bom ordenamento nos moldes da compreensão moderna de Constituição. A dignidade humana exerce a função de *superdireito fundamental*: assim, por exemplo, por trás da disposição do art. 38, par. 1, frase 1, da Lei Fundamental, que, à primeira vista, concede apenas um direito formal a eleições gerais, diretas, livres, iguais e secretas, encontra-se, na forma da garantia da dignidade, um direito à participação democrática eficaz do indivíduo no processo político. Esse direito assegura, em termos jus-subjetivos, o direito do indivíduo à influência política efetiva que a coletividade lhe deve em nome da dignidade humana por força do direito objetivo¹⁷. O resultado final disso tudo também é importante: um direito de voto sem impactos determinantes da decisão do eleitor individual sobre a vontade geral e sua configuração da realidade não teria valor. Deformar o ordenamento político dessa maneira é algo proibido até mesmo para o legislador que muda a Constituição. Por isso, em consonância com essa ideia básica, admitem-se recursos constitucionais com os quais pessoas com direito a voto impugnam mudanças da Constituição que ameacem minar seu direito a uma influência política efetiva¹⁸.

De modo semelhante, o princípio do Estado social, que, considerado em si mesmo, é uma definição do objetivo do Estado proposta pelo direito constitucional objetivo, e que o legislador ainda precisa concretizar e traduzir em direitos prestacionais juridicamente demandáveis, já é subjetivado em nível constitucional pela garantia da dignidade humana¹⁹. Podem-se aduzir boas razões para isso: sem o asseguramento também dos pressupostos materiais, a liberdade que a proposição a respeito da dignidade humana promete a todos de igual maneira não passa de uma promessa vazia. A oportunidade de fazer uso da liberdade não pode ser aproveitada efetivamente por quem mais carece dela. Por isso, segundo a decisão judicial do Tribunal Constitucional Federal, a disposição do art. 1, par. 1, da Constituição concede um direito básico ao asseguramento de um mínimo existencial digno do ser humano. O direito fundamental à dignidade humana estipula um padrão mínimo juridicamente exigível abaixo do qual os benefícios sociais regulamentados pelo legislador não podem ficar.

¹⁷ BVerfGE 123, 267 – Lisboa 129, 124 (169 s.); 134, 366 (396).

¹⁸ BVerfGE 129, 124 (170).

¹⁹ BVerfGE 125, 175 – Mínimo existencial.

4 CONTRADIÇÕES DE UMA GARANTIA JUS-SUBJETIVA DA DIGNIDADE

O “direito a direitos” se torna, portanto, um superdireito fundamental que aponta para muito além da ideia orientadora de direitos que assegurem a mesma esfera de liberdade dos indivíduos frente ao poder estatal e lhes concedam um direito à justificação. Entretanto, a consequência do superdireito fundamental – forçosa tendo em vista a pretensão de validade e aplicação absoluta – leva, por sua vez, a certas contradições. Se a dignidade é intangível, ou seja, não pode ser perdida, se o ser humano se distingue por sua dignidade como tal e em toda situação de vida, se, portanto, nunca pode haver um mais ou um menos de dignidade humana, o que, afinal, um direito jurídico “à” dignidade humana haveria de garantir? Acaso o Estado deveria, nesse caso, produzir a dignidade faltante ou devolver a dignidade perdida?

O Tribunal Constitucional Federal percebeu o dilema de uma garantia jus-subjetiva da dignidade e recorreu à reflexão relativizadora de que, embora a dignidade não possa “ser tirada de nenhum ser humano”, “o direito ao respeito dela resultante pode ser violado”²⁰. Essa é uma explicação, à primeira vista, plausível da razão pela qual a noção de “garantia da dignidade” implica, assim, a possibilidade de um a mais ou um a menos de dignidade, de déficits e perdas de dignidade. Entretanto, olhando-se mais de perto, essa explicação nada muda no fato de que os critérios de *quando* o direito ao respeito resultante da dignidade é violado só podem, no final das contas, ser derivados do conceito de dignidade. E o mesmo só poderá se aplicar ao direito de tutela que desemboca na necessidade de ganhos de dignidade. A diferenciação entre dignidade inviolável, por um lado, e direito ao respeito (e à proteção) passível de violação, por outro, não dispensa a estipulação. O absoluto precisa ser definido caso a caso, e a garantia de dignidade precisa, portanto, ser vinculada a determinados conteúdos para poder identificar déficits e perdas de dignidade em casos específicos e, por conseguinte, também os necessários ganhos de dignidade como conteúdo do direito.

Como mostram as decisões do Tribunal Constitucional Federal referentes ao direito individual a uma participação democrática eficaz no processo político e à garantia de um mínimo existencial humanamente digno, o Tribunal assumiu esse desafio e levou a sério o direito fundamental à dignidade humana. Ele

²⁰ BVerfGE 87, 209 (228) – Vídeo com exibição de violência.

empreende o esforço de definir, caso a caso, a medida correta da dignidade e daquilo que um “bom ordenamento” exige, em cada caso, no interesse do indivíduo²¹ e de estipular quando essa medida não é atingida.

Os resultados são convincentes? Não se podem deixar de perceber contradições com o ordenamento constitucional: o constituinte normatizou deliberadamente a garantia do processo democrático apenas em forma de um princípio objetivo, o princípio da democracia segundo o art. 20, par. 1 e 2, da Constituição. Sob a dominância do princípio da democracia, todos os cidadãos e cidadãs devem participar de igual maneira no processo de formação da vontade política. De resto, porém, a geração da vontade comum pode perfeitamente ser organizada de maneira diferente, dependendo dos tempos e das circunstâncias (idade eleitoral, direito de votação nominal ou proporcional...). Em todo caso, não é possível extrair um direito de participação cidadã definido com exatidão a partir do princípio da democracia. O constituinte, porém, não preencheu a lacuna que restou nesse caso com o art. 1 da Lei Fundamental, por exemplo. Nesse artigo, ele não tematizou a realização da vontade comum, mas acentuou, justamente pelo contrário, sua limitação, ou seja, a obrigação do legislador de justificar as definições da vontade comum diante da liberdade dos indivíduos garantida pelos direitos fundamentais (art. 1, par. 3, da Constituição). Caso se pretendesse ver isso de outra forma, a prática do Estado alemão estaria em contradição crassa com a Constituição, pois nem todos os portadores de dignidade humana são competentes para participar do processo democrático. Os estrangeiros (com uma restrição referente a cidadãos de Países-membro da União Europeia no art. 28, par. 1, frase 3, da Lei Fundamental) e as crianças e os jovens (até os 18 anos de idade), embora, como seres humanos, certamente sejam dotados de dignidade humana, estão excluídos da formação da vontade política. Portanto, derivar o direito eleitoral diretamente da dignidade humana não é convincente.

O direito diretamente constitucional à garantia de um mínimo existencial digno da pessoa humana tampouco se encaixa sem problemas no ordenamento constitucional da Lei Fundamental. Segundo a sistemática desse ordenamento constitucional, os direitos fundamentais são concebidos como concretizações da ideia orientadora da dignidade humana. Nesse caso, eles também precisariam

²¹ Quanto a essa questão, cf. MORLOK, Martin. Verbete Verfassung. In: HEUN, W. et al. (Ed.). *Evangelisches Staatslexikon*. 4. ed. rev. Stuttgart, 2006. col. 2556-2561, 2558.

concretizar o direito prestacional ao mínimo existencial em seus respectivos campos de regulamentação. Em contraposição a isso, no Conselho Parlamentar abriu mão de situar direitos prestacionais individuais em nível constitucional, ou seja, de normatizar direitos fundamentais de caráter social. Em vez disso, ancorou-se o objetivo de uma ordem social materialmente justa no princípio do Estado social, mas se confiou a decisão sobre as questões específicas ao processo legislativo. Isso também foi feito deliberadamente, pois benefícios sociais se encontram forçosamente sob a reserva do efetivamente possível em cada caso e dificilmente podem ser fixados por força da Constituição. Se isso acontece, ainda assim – como postula o Tribunal Constitucional Federal no caso do direito ao mínimo existencial humanamente digno – tem-se aí uma autorização dos Tribunais de prescrever a medida certa para o legislador, desrespeitando de modo latente o princípio da separação de poderes. E, assim, o Tribunal se afastou de novo de sua posição rigorosa e admitiu – na decisão sobre a lei acerca dos serviços ou benefícios a serem prestados aos requerentes de asilo (2012) – que nesse caso deveria haver margem para negociações e acordos políticos no processo legislativo²², o que, porém, é difícil de imaginar se, ao mesmo tempo, os serviços ou benefícios em questão devam ser, ao mesmo tempo, objeto da pretensão de aplicação absoluta e inegociável da dignidade humana.

5 MENOS DIREITOS, MAIS RESPONSABILIDADE POLÍTICA E MAIS ENGAJAMENTO CIDADÃO

Percebe-se que os direitos absolutos hauridos diretamente da dignidade do ser humano, protegidos até mesmo contra mudanças constitucionais por parte do legislador, acarretam contradições e desequilíbrios no conjunto da Constituição. Eles invocam habilitações ou legitimações existenciais do ser humano e as reduzem, ao mesmo tempo, à exclusão e delimitação da esfera individual própria que se manifesta em direitos jurídicos, pois, independentemente de esses direitos jurídicos estarem voltados para a defesa contra violações, a proteção ou a participação política ou social, a legitimação existencial do indivíduo no Estado se concentra, com isso, em direitos cuja implementação ele demanda, por seu caráter jurídico, como portador de interesses especiais em contraposição à coletividade (corporificada pelo legislador). O fato de que, dessa maneira, a organização estatal da liberdade se reduz, em grau crescente, ao direito jurídico de cada indivíduo à defesa, à proteção, à participação social

²² BVerfGE 132, 134 (162).

e à política, acaba exacerbando a posição jurídica desse indivíduo às custas da participação integrativa e certamente é corresponsável pelo desinteresse ou desencanto com a política deplorado com tanta frequência. O que define a ação não são a participação, o engajamento e o exercício de responsabilidade política; pelo contrário, o cerne do ordenamento constitucional definido pela norma da dignidade humana parece residir, manifestamente, na implementação quase-judicial de posições jurídicas individuais e, por conseguinte, parece ficar em última instância nas mãos do Tribunal Constitucional Federal, e nunca da legislação.

A decisão em favor de direitos fundamentais do indivíduo que também vinculam o legislador legitimado democraticamente é, contudo, uma das pedras angulares do ordenamento libertário previsto pela Constituição. Dever-se-ia evitar o excesso de transformar esse importante aspecto parcial em uma totalidade: os direitos do indivíduo não devem se tornar, por causa de uma absolutização proposta em nome da dignidade humana – como direito a um “bom ordenamento” –, um ônus sufocante para a organização democrática da coletividade. Para o constituinte, era importante garantir de novo às pessoas seus direitos após uma época de opressão e humilhação. Isso é atestado pelo “direito a direitos” reconhecido junto com a dignidade humana. Mas isso deveria lhe assegurar um lugar independente *na* comunidade, e não um poder absoluto *sobre* a comunidade.

Submissão em: 24.07.2018

Aceito em: 24.07.2018

EL CONSTITUCIONALISMO LÍQUIDO. LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SIGLO XXI¹⁻²

THE LIQUID CONSTITUTIONALISM. THE CONSTITUTIONAL DOGMATIC OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE S. XXI

Ignacio Villaverde Menéndez³

Catedrático de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Oviedo (UNIOVI, Asturias, España)

ÁREA(S) DEL DERECHO: derecho constitucional; teoría de la constitución; teoría general de los derechos fundamentales; interpretación constitucional; diálogo entre tribunales.

RESUMEN: En este trabajo el autor reflexiona sobre el proceso de licuefacción de la Constitución y la metodología constitucional. Para el autor, fenómenos como el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo global o el diálogo entre tribunales son expresión de una creciente tendencia a emplear los preceptos constitucionales como un mero pretexto para justificar

determinadas interpretaciones de la Constitución que tratan de legitimar unas decisiones jurídicas concretas que en muchas ocasiones sin incluso contrarias o desconocer lo expresamente dispuesto en su texto. De este modo las Constituciones pierden su normatividad y su posición de supremacía y son sustituidas por la voluntad del intérprete, lo que resulta profundamente antidemocrático. Esta disolución de la normatividad constitucional se pone de manifiesto sobretudo en la teoría general de los derechos fundamentales, dominada por un principialismo que el autor rechaza frontalmente.

¹ Este opúsculo tiene su origen en una conferencia que tuve el honor de impartir en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia el 20 de abril de 2017, a cuya Presidencia, en las personas y maestros Leopoldo Tolivar y Ramón Punset, agradezco su generosidad por permitirme exponer estas reflexiones aún faltas, sin duda, de tiempo y reposo.

² En recuerdo de Ignacio de Otto, 30 años después de su partida a Ítaca, porque cimentó este edificio del que podemos hablar libres 40 años después.

³ *E-mail:* nacho@uniovi.es. *Currículo:* <http://uniovi.academia.edu/IgnacioVillaverde/CurriculumVitae>.

ABSTRACT: *In this work the author reflects on the process of liquefaction of the Constitution and the constitutional methodology. For the author, phenomena such as neo-constitutionalism, global constitutionalism or dialogue between courts are an expression of an increasing tendency to use constitutional precepts as a mere pretext to justify certain interpretations of the Constitution that seek to legitimize specific legal decisions that in many occasions contradicting or ignoring what is expressly stated in the constitutional text. In this way, the Constitutions lose their normativity and position of supremacy and are replaced by the will of the interpreter, which is profoundly anti-democratic. This dissolution of the constitutional normativity impact specially in the general theory of fundamental rights, dominated by a principialism that the author rejects frontally.*

PALABRAS-CLAVE: constitucionalismo líquido; supremacía constitucional; constitución sólida; interpretación constitucional; constitución; derechos fundamentales; interpretación constitucional; positivismo; normativismo; principialismo.

KEYWORDS: *liquid constitutionalism; constitutional supremacy; solid constitution; constitutional interpretation; constitution; fundamental rights; constitutional interpretation; positivism; normativism; principialism.*

SUMARIO: 1 Unas palabras previas. El caso Melloni, un aviso para navegantes; 2 La derrota del paleo-positivismo en la sociedad líquida; 3 El Constitucionalismo sólido: la Constitución sin moral; 4 Cambio de paradigma. El Constitucionalismo líquido y el retorno de la moral. La licuefacción de los derechos fundamentales; 5 El retorno del iusnaturalismo y la disolución de la positividad de los derechos; 6 La modernidad líquida y su Constitucionalismo. Una conclusión.

SUMMARY: *1 A few words before. The Melloni case, a notice for navigators; 2 The defeat of paleo-positivism in liquid society; 3 The solid Constitutionalism: the Constitution without morals; 4 Change of paradigm. Liquid Constitutionalism and the return of morality. The liquefaction of fundamental rights; 5 The return of natural law and the dissolution of the positivity of rights; 6 Liquid modernity and its Constitutionalism. A conclusion.*

1 UNAS PALABRAS PREVIAS. EL CASO MELLONI, UN AVISO PARA NAVEGANTES

El lector no va a encontrar en estas páginas un balance al uso de los últimos 40 años de la Constitución española (en adelante, CE) en relación con sus derechos fundamentales. Lo cierto es que ese balance lo sería de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) porque la teoría general de los derechos y su dogmática en España no ha

hecho grandes aportaciones al margen de algunos escasos trabajos. En buena medida porque somos deudores de la alemana, y nos hemos limitado, con alguna meritoria excepción, repito, a importar un tanto acriticamente el principialismo de Alexy. En esa medida, poco hemos avanzado en ese campo desde el trabajo seminal de Ignacio de OTTO Y PARDO y Lorenzo MARTÍN RETORTILLO en el libro publicado conjuntamente por ambos en el año 1988, "Derechos fundamentales y Constitución"⁴; aunque es cierto que la doctrina española, y también su jurisprudencia, ha sido muy prolífica en el estudio de los singulares derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de la construcción de una teoría general propia de los derechos, la jurisprudencia del TC no ha sido muy amiga de grandes elaboraciones dogmáticas, y a salvo algunos pronunciamientos señeros, en los que se ha limitado a establecer, lo que no es poco, que los derechos fundamentales además de derechos subjetivos son principios objetivos y básicos del ordenamiento jurídico español que se proyectan sobre todos sus ámbitos, y que su contenido esencial es aquel mínimo constitucional que los hace reconocibles como tales. Por eso creo que un balance de estos 40 años aportaría poco, más allá de apuntar alguna trayectoria errática en algunos derechos (como en los supuestos de la libertad de expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad). Sin embargo, ha habido señales en estos últimos años de un sutil e imperceptible cambio que invita a una reflexión más seductora, creo yo, que repasar lo ya hecho, atisbar lo que está por venir.

Prueba de que quizá no esté tan desencaminado es que el propio MARTÍN-RETORTILLO BAQUER publicó un interesantísimo artículo en 2016 titulado "Treinta años de afianzamiento de los derechos fundamentales"⁵ en el que justamente apunta en la dirección comentada al dedicarlo casi en su integridad a reflexionar sobre el impacto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales respectivamente ha tenido en la doctrina y especialmente la jurisprudencia españolas sobre el Título I de la CE.

⁴ Civitas, Madrid, 1988.

⁵ Revista de Administración Pública, núm. 200, págs. 45 y ss.

No comparto la conclusión tan optimista que expresa MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo citado en relación con las bondades de lo que él denomina “la interconexión de ordenamientos jurídicos”⁶. Debo decir que soy muy escéptico con los beneficios de esa interconexión expresada esencialmente a través del llamado “diálogo entre tribunales”⁷, que a mi juicio ha contribuido a un paulatino proceso de disolución del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales de la CE, manifestación, a mi así me lo parece, del éxito creciente de lo que podría calificarse como el Constitucionalismo líquido.

La primera nota de atención ha sido el caso Melloni. El TC había sentado una doctrina ciertamente controvertida en relación con las solicitudes de extradición formuladas por Italia respecto de ciudadanos italianos residentes en España. La STC 91/2000 afirmó que “... constituye una vulneración “indirecta” de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE que se proyectan ad extra, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, pues consideramos que ello menoscababa el contenido esencial del proceso justo de un modo que afectaba a la dignidad humana” (FJ 14). Con ocasión de la ejecución de una orden europea de detención dirigida contra el Sr. Melloni, el TC formuló cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el canon de control de la actuación judicial de instancia que autorizó la entrega del reclamado (ATC 86/2011)⁸. El TJUE dictó la Sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, C-399/11, en la que resuelve la cuestión planteada afirmando que a lo que se debe estar es a la obligatoriedad ejecutiva de la orden europea de detención

⁶ Ob.cit., pág. 62.

⁷ Rafael Bustos Gisbert, *XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, “Revista española de derecho constitucional”, núm. 95, 2012, págs. 13 y ss; VVAA, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. Muy expresivo el título (y su contenido), crítico con el modo en el que el TC resolvió el caso Melloni al que le dedicaremos unas líneas más abajo en este artículo, del trabajo de Mercedes Pérez Manzano, *El mercado único de los derechos fundamentales y la protección de los principios y garantías penales*, “Revista General de Derecho Penal”, núm. 28, 2017, consultado en <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419426&d=1>, última consulta, 11 de enero de 2018.

⁸ Mercedes Pérez Manzano, *El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio*, “Revista española de derecho constitucional”, núm. 95, 2012, págs. 311 y ss.

que es compatible y respetuosa con lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, debiendo los Estados parte adaptar su estándar de protección, también el constitucional, al europeo incluso cuando aquél resulte ser más amplio e intenso que el segundo. El TC en su STC 26/2014 con un importante despliegue argumental, termina por plegarse a esta doctrina del TJUE, hace “overruling” de la doctrina de la STC 91/2000, y, quiérase o no, adelgaza la extensión de la protección dispensada por el artículo 24 CE para adaptarla a la que según el TJUE dispensa el artículo 47 de la Carta Europea. Hubiera sido más correcto, entiendo yo, abrogar la doctrina de la STC 91/2000 porque plantea una muy discutible extraterritorialidad del artículo 24 CE. Pero el TC optó por preguntarle al TJUE sobre el mismísimo parámetro de control de la actuación judicial y, además, se plegó a la interpretación del TJUE al margen de lo que podría resultar del artículo 24 CE⁹.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG) en un caso similar optó por una solución muy distinta. En su BVerfGE de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14, el BVerfG, que ni se le ocurrió plantear una cuestión prejudicial, considera que también debe garantizar los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LFB) frente a los actos de la Unión Europea si dichos actos pueden entrar en contradicción con la “identidad constitucional” alemana (art.79.3 LFB). El BVerfG en ese caso anuló una decisión de un tribunal ordinario de ejecución de una orden europea de detención porque no tuvo en cuenta el alegato del ciudadano italiano afectado relativo a que había sido condenado en Italia en ausencia y el proceso criminal italiano no contemplaba la posibilidad de que esa condena pueda ser revisada. Pero no le hizo falta diluir el contenido constitucional del artículo 19 LFB, le bastó con aplicarlo con arreglo a su propia jurisprudencia en este extremo¹⁰.

⁹ Ramón Punset Blanco, *Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del Caso Melloni*, “Teoría y Realidad Constitucional”, núm. 39, 2017, págs. 189 y ss. La doctrina del Caso Melloni en relación con la compatibilidad de los juicios en rebeldía con el artículo 47 de la Carta Europea, nuevo canon interpretativo del artículo 24 CE, es reiterada por la STC 77/2014 referido a un juicio en ausencia celebrado en España.

¹⁰ El BVerfG también tiene su propia doctrina sobre la extraterritorialidad de la tutela judicial efectiva. En la BVerfGE de 23 de enero de 2017, 2 BvR 2584/12, ha estimado el amparo interpuesto por un ciudadano alemán por vulneración de sus garantías procesales (artículo 19.4 LFB, derecho a un remedio efectivo en Derecho) en relación con la sentencia dictada por un juez penal español en un procedimiento abreviado en su sentencia. La diferencia con el caso español es que el TC en la STC 91/2000 se apoyó en la reiterada jurisprudencia del TEDH condenando a Italia y sus juicios en ausencia sin posibilidad de revisión por lesión del artículo 6 del Convenio; y hasta donde se me

¿Por qué el TC acudió a una cuestión prejudicial y además para preguntarse sobre el parámetro de control de un acto judicial interno –por mucho que fuese en aplicación de una norma europea? ¿No le era suficiente el artículo 24 CE y su ya larga y compleja jurisprudencia sobre él? ¿Por qué nuestro TC no ha seguido el camino del BVerfG?

La segunda nota, y que constituye también otro signo preocupante de la licuefacción del texto Constitucional, es la irrupción en la jurisprudencia del TC de un “constitucionalismo sociológico” según el cual, las normas constitucionales pueden y deben cambiar su significado en función de los tiempos en los que se las deba aplicar, de manera que la constitucionalidad de un acto o una norma depende más de la realidad social en la que debe aplicarse la CE que no de lo que esta diga. Un ejemplo claro de ese constitucionalismo sociológico ha sido sin duda la STC 198/2012 en relación con la constitucionalidad de la reforma del Código Civil para legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo. El argumento decisivo de la mayoría del TC no ha sido que el artículo 32 CE no precisa si el matrimonio lo es entre parejas de distinto sexo o del mismo, y por tanto es una decisión del legislador en cada momento histórico definir el instituto del matrimonio, con la única condición constitucional de que debe garantizar la igualdad entre sus partes; sino que la sociedad española ya estaba preparada e incluso urgía el reconocimiento de los matrimonios homosexuales. Dice la STC 198/2012, FJ-9:

“Para avanzar en el razonamiento es preciso dar un paso más en la interpretación del precepto. Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un “árbol vivo”, – en expresión de la sentencia Privy Council, *Edwards c. Attorney General for Canada*

alcanza España no ha sido reiteradamente condenada por sus procedimientos penales abreviados. Otro ejemplo de debilitamiento de la solidez del texto constitucional nacional frente al empuje del Derecho europeo también se puede rastrear en la Sentencia Taricco de la Corte Costituzionale italiana que ha relativizado la hasta ese momento firme doctrina de los “contralímites” sentada en la Sentencia Frontini de 1973 según la cual el Derecho europeo encontraba su límite en la garantía que dispensan los derechos fundamentales de la Constitución italiana. Véase Roberto E. Kostoris, *La Corte Costituzionale e il Caso Taricco, tra tutela dei “contralimiti” e scontro tra paradigmi*, “Diritto Penale Contemporaneo”, núm. 3, 2017 (consultado en <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5288-la-corte-costituzionale-e-il-caso-taricco-tra-tutela-dei-controlimiti-e-scontro-tra-paradigmi>>, última consulta, el 10 de enero de 2018).

de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo - que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos,

la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición”.

Y si esto era poco, sigue:

“Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva “imagen” del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural.

“Por otra parte, este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005. Respecto a la opinión que merece a los españoles la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, el Centro de Investigaciones Sociológicas, con motivo de la elaboración del anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, incluyó la cuestión en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (estudio núm. 2.568) se refleja que el 66,2 por 100 de los encuestados creía

que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el estudio relativo a “opiniones y actitudes sobre la familia” (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9 por 100 de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Tras la aprobación de la Ley 13/2005, los datos facilitados por la Comisión Europea contenidos en el Eurobarómetro 2006 (núm. 66), apuntan que el 44 por 100 de los encuestados – pertenecientes a los entonces 25 Estados miembros de la Unión, y a Bulgaria, Rumanía, Croacia, Turquía y la comunidad turco chipriota – está de acuerdo con la idea de que se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, frente a un 49 por 100 que manifiesta su oposición. En este contexto europeo, España se sitúa por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo (56 por 100), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación. Los datos más recientes del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre este particular se encuentran en el estudio sobre las “actitudes de la juventud ante la diversidad sexual” (núm. 2.854), realizado entre noviembre y diciembre de 2010 a jóvenes de entre 14 y 29 años, y del que resulta que el 76,8 por 100 de los encuestados consideran aceptable el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte las cifras del Instituto Nacional de Estadística contenidas en la estadística sobre “movimiento natural de la población”, permiten saber que, durante los años de vigencia de la Ley 13/2005 y hasta diciembre del año 2011, se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo. Aunque todas estas cifras no

sean por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a nuestro examen, no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen refleja del grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo.

“Acudiendo a la doctrina para perfilar la noción de matrimonio que se asume en nuestra cultura jurídica, hay que constatar que entre los juristas especializados en la materia no existe una posición unánime respecto de la cuestión que nos ocupa, si bien se verifica una tendencia creciente a reconocer que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura jurídica, existiendo matices distintos respecto del vínculo constitucional de la institución así configurada”

No puedo expresar sino mi perplejidad en mi condición de un constitucionalista paleo-positivista¹¹. ¿La constitucionalidad de una ley es una cuestión estadística, de derecho comparado, de cultura jurídica...?

Esta insólita apreciación en una resolución judicial, empieza a menudear en Votos Particulares donde se pueden leer afirmaciones sobre la necesidad de interpretar “evolutivamente” la CE, como el que se formula al ATC 129/2016 relativo al trato diferenciado en el impuesto de sucesiones a las parejas de hecho homosexuales, o al ATC 126/2017, en relación con un incidente de ejecución de una sentencia del TC en el marco del conflicto secesionista catalán, en el que la Constitución se reduce a la condición de expresión formal de un “pacto constitucional”.

¿Ha regresado el uso alternativo del derecho, en este caso, del Derecho Constitucional? Eso parece. Acaso nunca se fue¹².

¹¹ Los Votos Particulares formulados a esta Sentencia muestran su discrepancia con esta interpretación “evolutiva” de la CE.

¹² Nicolás María López Calera, Modesto Saavedra López, Perfecto Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1978; Nicolás María López Calera, *¿Ha muerto el uso alternativo*

El lector no encontrará en las páginas que siguen una reflexión acabada sobre esas tendencias y sus consecuencias. Lo que sigue es un modesto y perplejo ensayo preocupado sobre el proceso que parece imparable de disolución de la normatividad constitucional, más que un análisis acabado de esa tendencia y sus manifestaciones. Tómense estas líneas como una invitación a la reflexión.

2 LA DERROTA DEL PALEO-POSITIVISMO EN LA SOCIEDAD LÍQUIDA

¿Cuánto se puede torturar? Esta pregunta que escandalizaría a cualquier jurista contemporáneo occidental hasta la fecha, probablemente reciba una respuesta muy distinta tras los terribles acontecimientos terroristas que han venido asolando al mundo desde septiembre de 2001. Hasta esa fecha, e incluso unos años más tarde, la respuesta, al menos en Europa y en particular en España, no dejaría lugar a dudas: nada en absoluto. El artículo 15 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) es rotundo: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, *en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura* ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (el subrayado es del autor). Es más, el propio Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) llegó a decir en su STC 151/1997, FJ-5º: “en efecto, salvo contadas excepciones como la del derecho a no ser sometido a torturas, los derechos fundamentales no son absolutos...”. Es decir, si el derecho a no padecer en ningún caso torturas es absoluto, ello significa que no tiene límites. ¿Seríamos hoy capaces de mantener esta misma firmeza?

Es un tópico del discurso jurídico alternativo someter esa regla constitucional a la aporía del terrorista y el policía. ¿Qué respuesta se le debe dar al policía que pregunta si no es posible torturar a un terrorista confeso que sólo él conoce donde ha colocado una bomba nuclear apunto de detonar, siquiera levemente y con métodos no físicamente terribles –por ejemplo, con técnicas psicológicas o fármacos-? En el fondo esta pregunta encierra una gran falacia lógica porque en el caso concreto el policía hará lo que tenga que hacer y asumirá la responsabilidad penal que corresponda (posiblemente mitigada por la atenuante de evitar un mal ajeno o el cumplimiento del deber, o un estado de necesidad...) y lo que menos se planteará en un caso como ese será una duda

del derecho?, “Claves de razón práctica”, núm. 72, 1997, págs. 32 y ss; y el curioso y no menos interesante de José María Laso Prieto, *Fundamento constitucional del uso alternativo del derecho*, “Revista de derecho político”, núm. 1, 1978, págs. 113 y ss.

sobre la constitucionalidad de su actuar. Porque la respuesta que le daría un constitucionalista paleo-positivista sería que la CE prohíbe cualquier tipo de tortura, por leve o indolora que pueda ser¹³. Otra cosa es que se discuta si una inyección de pentotal es una “tortura” o simplemente una intervención corporal que afecta al derecho fundamental a la integridad física del terrorista confeso (también protegida por el artículo 15 CE), el cual admite límites constitucionales; los mismos que se aplicaron por el TC para el caso de intervenciones corporales consistentes en una intervención quirúrgica (SSTC 154/2002 y 37/2011), la esterilización de un disminuido psíquico (STC 215/1994) o la toma de muestras para una prueba de ADN (STC 199/2013).

Lo que me inquieta en casos como el del terrorista es que la respuesta que se da por aquellos que consideran inconcebible y moralmente inaceptable esa aplicación formalista de la CE es que lo que debe reinterpretarse es el carácter absoluto de la prohibición, y que debe interpretarse el artículo 15 CE de forma que ciertos casos de tortura en ciertos supuestos extremos serían admisibles siempre que pasen el test de la proporcionalidad. Esto en el caso de que simplemente no apelen a la “ponderación” necesaria entre el indiscutible bien superior de la vida de miles de ciudadanos, que también la CE ordena proteger al Estado, y el de la dignidad e integridad física y moral de un único individuo, que además es un terrorista confeso.

La cuestión no es sólo si no se está confundiendo un juicio moral con uno jurídico-constitucional, y si en un Estado constitucional y democrático de derecho no resulta irrenunciable mantener separada la moral del derecho, sino el grave problema de dilucidar dónde están los término y límites de esa ponderación. ¿Y si el terrorista es presunto, pero no confeso? ¿Y si no son miles de personas las puestas en riesgo? ¿Y si el artefacto es simulado o no existe? ¿Se puede aplicar el mismo método para resolver un crimen execrable, por ejemplo, un caso de pederastia o de infanticidio? ¿Dónde está la frontera entre lo moralmente indiscutible y lo constitucionalmente admisible?

El derecho comparado nos ofrece ejemplos de esa incertidumbre.

La Corte Suprema de Israel en el caso *Public Committee Against Torture v. State of Israel*, de 9 de junio de 1999, sostuvo la legalidad del uso de “una

¹³ Interesantes las reflexiones de Juan Antonio García Amado en su conferencia “Derechos y ponderación”, que puede seguirse en <<https://www.youtube.com/watch?v=1QFTfHNBas>>, última consulta 11 de enero de 2018.

presión física moderada” sobre los sospechosos por los servicios de seguridad, en ciertos casos previstos por el derecho penal bajo la denominación de “defensa necesaria”. Años más tarde en su Dictamen de 11 de septiembre de 2016 en el caso *Isreali Medical Association v. State of Isreal* sostuvo la constitucionalidad de la alimentación forzosa de detenidos palestinos que hubiesen emprendido una huelga de hambre. A su juicio la alimentación forzosa mediante la introducción de una sonda gástrica en contra de la voluntad consciente de los detenidos, lo que requería una “presión física moderada” (estoy resumiendo los argumentos de la Corte), a pesar de que las organizaciones médicas internacionales lo consideran un acto de tortura y contra la dignidad de la persona, no podía tenerse por tal si su finalidad era proteger la vida y salud del obligado. En ambos casos, la admisión de un cierto grado de “tortura” ni siquiera deriva de una ponderación entre la vida de muchos y la dignidad de uno.

Un último ejemplo de los imprevisibles resultados de la ponderación. El BVerfG en su BVerfGE 115, 118, de 15 de febrero de 2006, sostuvo que el precepto de la Ley federal de seguridad aérea que autorizaba y regulaba el procedimiento a seguir para el derribo de un avión de pasajeros en el caso de que fuese secuestrado era contraria a la LFB porque en el examen de los bienes dignos de protección constitucional en presencia el legislador había inobservado su deber positivo de protección de la vida e integridad física de los pasajeros del avión, que no cabía sacrificar dando preferencia a la protección de la vida e integridad física de las potenciales e hipotéticas víctimas del empleo de la aeronave como un arma. Un argumento similar ya lo había sostenido en la BVerfGE 109/279, de 3 de marzo de 2004, en relación con la ley que autorizaba la masiva e indiscriminada interceptación de comunicaciones para prevención y persecución de actividades consideradas terroristas. El argumento era en síntesis el mismo, la LFB no amparaba el resultado de una ponderación entre el derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad de cualquiera frente a la seguridad nacional cifrada en la investigación de hipotéticas actividades de elementos terroristas que hipotéticamente podían poner en riesgo la vida e integridad de hipotéticas e indeterminadas víctimas. Sin embargo, los terribles atentados terroristas que de forma periódica han sufridos distintas capitales europeas desde el año 2011 ha hecho mella en el BVerfG, que en su BVerfGE de 20 de abril de 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, consideró constitucional la autorización de la Oficina Federal de Policía a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para el empleo de dispositivos ocultos de escucha y vigilancia en

el marco de la lucha contra el terrorismo internacional (aunque en la propia sentencia establece una serie de condiciones que a juicio del BVerfG deben cumplirse para no vulnerar la LFB en relación con la transmisión a terceros de los datos obtenidos mediante esos dispositivos). Parece que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la intimidad bien merecen ser sacrificados si de lo que se trata es de proteger a un número indeterminado de personas ante posibles atentados terroristas; siempre claro está que el sacrificio esté bajo estricto control judicial y se protejan los datos personales de los investigados en el caso de que se proceda a su transferencia internacional¹⁴.

El problema de paradigmas como el expresado, según el cual el derecho admite un uso alternativo según las circunstancias, es que genera un grado tal de incertidumbre sobre las reglas jurídicas, y en lo que a mí me interesa, las constitucionales, que va más allá de la falta de plena certeza sobre el sentido de unas normas que se expresan en el siempre interpretable e impreciso lenguaje natural, que en último término reintroduce el factor humano y su aparejada volubilidad en el ordenamiento jurídico constitucional democrático, el cual ha luchado siempre justo por expulsarlo porque sólo así se dota al sistema constitucional y jurídico de un grado de predictibilidad y control capaz de generar la confianza indispensable para que una democracia no sea un estado de naturaleza 2.0.

Veinte años después de aquel rotundo *obiter dicta* de la STC 151/1997 sobre el carácter absoluto del derecho fundamental a no sufrir torturas no tengo la seguridad plena de que el TC volviese a reiterar esa afirmación y otorgara sin fisuras ni titubeos el amparo a quien haya sufrido torturas para arrancarle

¹⁴ En un sentido similar se pronunció el Conseil Constitutionnel francés en su Decisión n° 2015-722 DC, de 26 noviembre 2015, en relación con la ley que autorizaba la vigilancia de comunicaciones en la lucha contra el terrorismo internacional con la condición de que las medidas adoptadas estuviesen bajo control judicial. Es interesante contrastar estos casos con la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, SCtUS) en relación con las detenciones en el Campo de la bahía de Guantánamo y su constitucionalidad (Casos *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) y *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), en las cuales, a pesar de reconocer que la calificación de “enemigo en combate” y su consiguiente sujeción a las leyes marciales que permiten su retención para evitar su regreso al frente es una competencia del Ejecutivo, no obstante, que esto sea así no constituye una excepción constitucional al derecho de los detenidos por las autoridades norteamericanas de instar un procedimiento de *habeas corpus* ante los tribunales norteamericanos.

la confesión en el caso hipotético más arriba expuesto¹⁵. Hace veinte años el debate constitucional no estaba en si la CE prohibía o no la tortura porque era indiscutible que lo hacía. El debate, de haberlo (como lo hubo en las SSTC 120 y 137/1990 sobre la alimentación forzosa de los reclusos de la organización terrorista GRAPO en huelga de hambre), lo sería sobre si ciertas medidas (alimentar forzosamente a un huelguista de hambre) constituían o no un acto de tortura, porque si lo era, simplemente estaba tajantemente prohibido por la CE. El problema es que hoy casi con toda seguridad se discutiría sobre si en efecto esa prohibición de la tortura es tan absoluta en la CE o si admite alguna limitación justificada en la defensa de otros derechos, bienes o intereses dignos de mejor protección constitucional que la que merecería un (presunto) terrorista.

Curiosamente el Derecho Constitucional del Siglo XXI se ha plagado de incertidumbres, al menos para quien se tiene por un paleo-positivista en los términos que ha definido el paleo-positivismo FERRAJOLI¹⁶. La Constitución ha dejado de ser una referencia estable y cierta, el “texto” de la interpretación constitucional, confinada en su literalidad, para convertirse en el “pretexto” para legitimar interpretaciones de sus preceptos que tiene más que ver con su uso alternativo en función de las necesidades y circunstancias del momento, que con el recto sentido de sus palabra¹⁷.

Es muy probable que en mi condición de paleo-positivista forme parte de la comunidad que BOGDANDY ha calificado de “zombis intelectuales”¹⁸, y en esa medida mi metodología resulte obsoleta en estos tiempos de urgencia y transversalidad. Como a buen seguro no dudaría en calificarla VOLKMANN a la vista de su ponencia presentada en la reunión de 2007 de la Vereinigung

¹⁵ Tony Ward, *¿Es en algún caso admisible la tortura?*, “El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho”, núm. 9, 2010, págs. 4 y ss; Massimo La Torre, *La teoría del derecho de la tortura*, “Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”, núm. 17, 2007, págs. 71 y ss.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, y *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, ambos en Doxa, núm. 34, 2011, pp. 15 y ss, y pp. 311 y ss.

¹⁷ A no confundirse. No se trata de defender aquí un tipo de “originalismo” al estilo norteamericano en la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales. Sigue siendo una referencia en español inexcusable de ese debate el trabajo de Miguel Beltrán de Felipe, *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, Cívitas, Madrid, 1989.

¹⁸ Armin von Bogdandy, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, “International Journal of Constitutional Law (I.CON)”, Vol. 6, 2008, págs. 397 y ss.

der deutschen Staatsrechtslehrer (dedicada ese año a “Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts”, que bien pudiera traducirse por “La eficacia de la ciencia del Derecho Público”). Este autor no duda en arremeter contra el Derecho Constitucional paleo-positivista porque a su juicio se asienta en el “mito de la Constitución”, en la falsa creencia de que la Constitución rige en efecto a la sociedad estatal que constituye. A riesgo de incurrir en el esperpento, me atrevería a decir que de su teoría cabría inferirse que, dado que la Constitución no puede ni nunca ha cumplido su función constitutiva y transformadora de la sociedad, abandonémosla a su suerte y dejemos que el “régimen político real” dicte las normas constitucionales que en cada caso y situación resulten necesarias y satisfagan las expectativas reales de los miembros de la comunidad política¹⁹. En fin, que, si hay que torturar, torturemos porque la *Constitución viva*, que es la real, no sólo lo permite, sino que lo exige para proteger a la comunidad y sus miembros de los ataques de sus enemigos, como así lo demuestra que estadísticamente la mayoría de los ciudadanos la aceptarían en ciertos casos extremos, y en la cultura jurídica actual hay cierta controversia sobre el asunto, de manera que parece ineludible interpretar de forma evolutiva el artículo 15 CE. Esta tesis podría encontrar sustento en lo dispuesto en el artículo 10.1 CE, que habla de la paz social como pilar del sistema constitucional y de la sociedad española, y los derechos a la vida y a la integridad física de los restantes ciudadanos, que también encuentran protección en lo dispuesto en ese mismo artículo 15 CE, así como que la seguridad nacional y la prevención y persecución de los delitos constituyan bienes dignos de protección constitucional aptos para limitar los derechos fundamentales de la CE.

3 EL CONSTITUCIONALISMO SÓLIDO: LA CONSTITUCIÓN SIN MORAL

El espíritu que ha alentado la lucha por el Estado constitucional democrático y de derecho es la lucha titánica contra el factor humano. La lucha por una ficción, la del gobierno de las normas y no de los hombres. Ficción porque la presencia humana es insoslayable en cualquier proceso de toma de decisiones, y el derecho no es más que un conjunto de procesos decisorios sobre

¹⁹ Uwe Volkmann, *Verfassungsrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Wirklichkeit*, “VVDStRL. Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts”, Vol. 67, 2007, traducida al español *El Derecho Constitucional, entre pretensión normativa y realidad política*, “Teoría y Realidad Constitucional”, núm. 21, 2008, págs. 187 y ss.

el uso de la fuerza física. En esto, y sólo en esto, Carl SCHMITT tenía razón²⁰. Pero tenemos que fingir que no es así, que no estamos sujetos a la voluntad de los hombres, sino a la de las normas, esas reglas de convivencia sobre las que nos hemos puesto de acuerdo (la democracia no es sino una manera de ponernos de acuerdo sobre esas reglas) para poder vivir en comunidad. Debemos separar el derecho de la moral, la norma del factor humano²¹. Ese es el “sueño constitucional” de nuestra era. El anhelo de que las reglas nazcan de la racionalidad y alejen de las decisiones del poder cualquier atisbo de factor humano que las haga arbitrarias, caprichosas o desnudos usos incontrolados de la fuerza física para torcer la voluntad y la conducta del otro²². Es el sueño de creer que podemos autogobernarnos al margen de la caprichosa voluntad humana, que podemos hacerlo con arreglo a reglas objetivadas y formalizadas que nos dan la certidumbre de saber a qué atenernos, de no estar sujetos a la voluble voluntad y criterio de nadie. Eso también es el derecho, reglas objetivadas sobre la convivencia. Sólo así podremos sobrevivir y convivir en comunidad porque podemos confiar en los otros porque sabemos a qué atenernos, y lo sabemos porque el qué atenernos lo definen reglas y no voluntades (meras decisiones).

Por eso también formalizamos las reglas y procedimentalizamos sus procesos de creación identificando quién las crea y cómo debe crearlas (el legislativo), quién se cuida de que las reglas se hagan una razonable realidad y la realidad se haga conforme a esas reglas (el ejecutivo) y quién vela y asegura que las reglas se respetan y cumplen en sus propios términos (el judicial). Y además establecemos límites al qué de las reglas. No todo puede ser regulado o regulado de cualquier manera. Esto descrito de esta forma tan simple no es más que el esqueleto descarnado del Estado constitucional democrático y de derecho, que necesita de una regla básica y fundante, constitutiva, sólida y cierta: la Constitución.

²⁰ Inevitable citar su *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017 (11ª edic.). Hay traducción al español, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

²¹ Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechtssystems*, en Niklas Luhmann, “Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1981, págs. 35 y ss; Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

²² Imprescindible la lectura de Juan Luis Requejo Pagés, *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016. Véase también Jesús Ignacio Martínez García, *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1992.

La Constitución es una norma *sólida*, superior a todas, formalmente identificable y distinta a otras, que contiene reglas constitucionales, no por lo que regulan, sino por su posición respecto de las demás, de la que gozan únicamente por estar en ella²³. Reglas que son supremas porque son indisponibles para los poderes que ellas mismas crean. Ni el que tiene el poder de crear reglas, ni el que tiene el poder de ejecutarlas, ni el que tiene el poder de hacer que se cumplan pueden crear, alterar o eludir las reglas de la Constitución. No hay factor humano (moral) que dispense de la regla constitucional (ni de cualquier otra regla jurídica). La positividad de la regla, que es puesta y vale por haberlo sido, es la garantía de su función primordial en el Estado constitucional democrático de derecho: asegurar la certeza del derecho²⁴, de la certidumbre sobre la decisión jurídica, de la confianza en el otro porque sé a qué atenerme; el destierro del factor humano²⁵.

Para eso está el Tribunal Constitucional, para asegurar que así es, que la Constitución es positiva, es sólida. Cumple una misión fundamental en el Estado constitucional democrático de derecho en la medida en que es imposible la eliminación total del factor humano en el proceso de creación de las reglas y su aplicación porque la reglas se expresan en lenguaje natural, resultando inevitable la existencia de una mayor o menor penumbra en su significado (¿qué es “tortura”?), aunque la literalidad de la norma que contiene la regla, del precepto que la expresa siempre es un límite insoslayable en su interpretación²⁶ (“en ningún caso puedan ser sometidos a tortura”). Una tensión interpretativa, que como señaló BÖCKENFÖRDE²⁷, es especialmente acusada en las normas

²³ Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993 (3ª reimp.), Cap. I, pág. 11 y ss.

²⁴ Jesús Ignacio Martínez García, *Derecho e incertidumbre*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, núm. XXVIII, 2012, págs. 97 y ss.

²⁵ Niklas Luhmann, *Positividad des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en Niklas Luhmann, “Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1981, págs. 113 y ss.

²⁶ Toda interpretación tiene sus límites. Hans-George Gadamer, *Verdad y Método II, Sígueme*, Salamanca, 1992, pp. 319 y ss; Umberto Eco, *Los límites de la interpretación*, Revista de Occidente, núm.118, 1991, págs. 5 y ss; y del mismo autor, *Interpretación y sobreinterpretación*, Cambridge University Press, Cambridge/Madrid, 1997 (2ª edic.); Jeremy Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, California Law Review, Vol. 82, 1994, págs. 509 y ss Tecla Mazzarese, Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente, “Doxa”, núm. 23, 2000, págs.597 y ss.

²⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik*, en “Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht”,

constitucionales y muy particularmente en las que contienen derechos fundamentales. Esta circunstancia requiere de una estructura organizativa dotada de un determinado estatus, del que emanará su legitimidad y autoridad²⁸, que debe tener atribuida por ello la capital e indispensable función de reducir esa penumbra e interpretar la norma fijando sus reglas de forma precisa mediante la argumentación jurídica²⁹. Esa es la esencial misión del Tribunal Constitucional, crear certidumbre desde la penumbra de la norma mediante su interpretación para solidificarla.

El razonamiento jurídico que lleve a una y otra interpretación (¿alimentar forzosamente es un supuesto de tortura?) está basado en reglas jurídicas identificables, formalizadas, con un rango que deriva de la forma jurídica que las contiene, de ser Constitución, y no por su contenido. Un discurso argumentativo controlable, contrastable y pautado, por muy controvertido o discutible que resulte. Un razonamiento sujeto a reglas metodológicas compartidas y aceptadas por la comunidad jurídica, y no obediente a criterios de oportunidad o interés (lo que es propio del razonamiento político). Gracias a estos criterios, tenemos un alto grado de certeza sobre a qué atenemos en nuestro comportamiento, y también lo hay sobre los posibles pronunciamientos judiciales relativos a él. Guste o no el resultado, lo consideremos aceptable moralmente o no, se corresponda con nuestras convicciones personales o no. Es una cuestión de reglas, no de juicios de valor o de oportunidad saber si la tortura está o no prohibida en el ordenamiento jurídico español. Por eso, en el Estado constitucional democrático y de derecho la tensión entre libertad y seguridad es sólo una aporía lógica.

No está de más apuntar que en todo este discurso no he recurrido en ningún momento a conceptos como soberanía, nación, pueblo, interés general o bien común. No se necesitan.

SuhrkampFrankfurt am Mein, 1991, pp. 53 y ss.

²⁸ Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, 2010, págs. 192 y ss.

²⁹ Ignacio de Otto y Pardo, *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional*, en Ignacio de Otto y Pardo, "Obras Completas", Universidad de Oviedo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid/Oviedo, 2010, págs. 1163 y ss.

La edad gloriosa, si alguna vez la hubo, del Constitucionalismo³⁰ ha sido la del Constitucionalismo sólido, donde no se albergaba duda sobre lo que es una Constitución y lo que la Constitución dice, sobre la evidencia de sus normas, incluso allí donde hallar sus reglas ha planteado dificultades en su interpretación. Pero hoy, en el Siglo XXI, el paradigma resulta ser otro, y la CE no es ajena a este hecho.

4 CAMBIO DE PARADIGMA. EL CONSTITUCIONALISMO LÍQUIDO Y EL RETORNO DE LA MORAL. LA LICUEFACCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A mis ojos el cambio de paradigma constitucional se hace cada día más evidente y es en la teoría y dogmática de los derechos fundamentales donde se manifiesta de forma más aguda.

Los derechos fundamentales desempeñan en el paradigma teórico del Constitucionalismo sólido una función capital: garantizan al más alto rango normativo posible en un Estado que ciertos espacios de convivencia sujetos a la regla jurídica de la vinculación negativa al ordenamiento jurídico del individuo resulten indisponibles a los poderes públicos (incluso a los particulares) porque la norma constitucional prohíbe la introducción en ellos de deberes unilaterales cuyo incumplimiento está sujeto a sanción (poder público en sentido técnico). Los límites a los derechos fundamentales son reglas que permiten introducir esos deberes de forma muy condicionada, constreñida y para situaciones específicas dentro de los espacios protegidos por ellos, porque si no fuese así, resultarían disponibles para el poder público. Los derechos fundamentales son espacios vitales sin reglas, por eso son “libertades”, donde no es posible transformar aquella vinculación positiva en negativa, donde no puede ejercerse ni introducir poder público si no es bajo las estrictas condiciones que la propia Constitución fija. En el espacio de los derechos fundamentales la exclusión del factor humano es radical, de raíz. Un espacio donde la prohibición queda prohibida, un espacio inmune a las reglas jurídicas.

Por esta razón los derechos fundamentales no pueden ser sin más los derechos que pueden ser reconocidos a cualquier persona (FERRAJOLI), o meras razones para ponderar entre normas en conflicto (ALEXY), ni siquiera fragmentos de soberanía individual (BASTIDA). Los derechos fundamentales son normas

³⁰ Miguel Artola, *Constitucionalismo en la historia*, Crítica, Barcelona, 2005.

jurídicas de rango constitucional que contienen reglas que permiten al individuo ser *libre* (garantía de la vinculación negativa al ordenamiento jurídico) o que prohíben al poder público (o a los privados) vincular positivamente al individuo a un mandato o a una prohibición. Pero son reglas, no principios, ni meros argumentos en una decisión judicial o administrativa sobre a qué norma o regla dar prioridad en detrimento de otras con las que concurre contradictoriamente en el caso concreto. Un derecho fundamental es una regla sobre el uso de la fuerza para justamente excluirla de un ámbito de vida, y que se formaliza en un permiso con rango constitucional. Este es el constitucionalismo sólido de los derechos fundamentales.

5 EL RETORNO DEL IUSNATURALISMO Y LA DISOLUCIÓN DE LA POSITIVIDAD DE LOS DERECHOS

Hace nada menos que 27 años BÖCKENFÖRDE expresaba su preocupación por la situación de la dogmática de los derechos fundamentales en el 40 aniversario de la LFB³¹. Llamaba la atención sobre la deriva valorativa que había tomado el camino de la dogmática alemana de los derechos, nota de atención que cabe extender hoy por hoy a las doctrinas y jurisprudencias de los Estados constitucionales de tradición continental. Su preocupación se cifraba en el sobrepeso que había adquirido, sobre todo en la jurisprudencia del BVerfG, la dimensión objetiva de los derechos; dicho de otro modo, la preminencia del análisis y aplicación de los derechos como contenedores y expresión de los valores fundamentales del orden constitucional (las “Grundentscheidungen”), hasta el punto de que la necesidad de adecuar su contenido a esos valores supraconstitucionales estaba alterando y de hecho alteraba el contenido constitucionalmente adecuado de los preceptos que los contenían. La normatividad y la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales se disolvían paulatinamente en un orden de valores que hipotéticamente encarnaba el régimen constitucional que el BVerfG revelaba en sus decisiones. A su juicio, el objetivismo axiológico del BVerfG oscurecía la prístina condición de derechos subjetivos constitucionales de los derechos fundamentales. Para el maestro alemán, este camino emprendido por el BVerfG desplazaba preocupantemente al legislador democrático de su papel en la proyección de los derechos en las distintas ramas del ordenamiento jurídico y transformaba

³¹ *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Veröffentlichungen der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München, 1990.

al Tribunal Constitucional (y por contagio a la jurisdicción ordinaria) en fuente creadora de normas *iusfundamentales*, incluso yendo más allá de la letra de la propia Constitución. Se preguntaba BÖCKENFÖRDE en quién debía confiar el ciudadano a la hora de proyectar los derechos fundamentales en las distintas ramas del ordenamiento jurídico: en el parlamento elegido democráticamente por ellos o en el BverfG.

La disolución de la normatividad positiva de los derechos se ha hecho aún más profunda con el triunfo y la irrefrenable expansión del *principialismo* de ALEXY. Los derechos se han transformado a manos del *principialismo* en simples “argumentos para la ponderación” entre valores e intereses, en meros argumentos a libérrima disposición de los tribunales para regular las relaciones jurídicas públicas y privadas, para controlar los actos de los poderes públicos, incluidos los del legislador, y para descubrir y construir contenidos de los derechos más allá de la literalidad constitucional con la excusa de alinearse con un determinado orden de valores que hipotéticamente albergan las Constituciones; o, más modernamente, con un supuesto contenido estándar de los derechos que se descubre a través del diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales. Un diálogo, muy de moda en estos días, que persigue encontrar en los derechos una especie de *ius commune* de la libertad y la igualdad. Una “globalización” de los derechos que pretende hallar en ellos una “materia única” que expresa un “modelo constitucional global de derechos” que se impone a las mismísimas Constituciones nacionales³². ¿Existe, como dice MÖLLER³³, un modelo global de derechos fundamentales? ¿Son, como sostiene ROSOUX³⁴, una “entidad única”? Se me antoja que este debate no es sino pura nostalgia del derecho natural.

El derecho natural del nuevo milenio son los derechos fundamentales, que, en vez de servir a la expulsión del factor humano en ciertas esferas de la

³² Fernando Rey Martínez, *¿Cómo nacen los derechos fundamentales? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos*, en VV.AA., “La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales”, Editorial Porrúa, México, 2013, págs.79 y ss. Tecla Mazzaresse, *¿Repensar la cultura de los derechos?*, “Revista Internacional de Filosofía Política”, núm. 28, 2006, págs.149 y ss.

³³ Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

³⁴ Géraldine Rosoux, *Au cœur de la protection «multi-niveaux» et du dialogue juridictionnel: la «dématérialisation» des droits fondamentaux comme clé de lecture du raisonnement actuel dans le domaine des droits fondamentaux*, “Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional”, núm.9, 2017, págs. 71 y ss.

vida, sirve a su incorporación a través de la definición del contenido de cada derecho al albur de su sustancia única y común revelada por los tribunales en un diálogo constante y al margen de la literalidad de sus respectivas Constituciones; en otras palabras, puro voluntarismo jurídico. La primera consecuencia de este proceso de mistificación es, por un lado, la imposibilidad de su dogmática y la importancia de su interpretación constitucional conforme para que los derechos en cada Estado sean lo que el pueblo ha querido en voz del constituyente (una ficción, que si no la creemos, simplemente destruimos la base democrática del sistema), y no lo que, en definitiva, quieren los jueces en un evidente uso alternativo de los derechos sujetos a sus querencias dogmáticas; y la otra el abandono de una teoría general jurídica ahogada en un discurso teórico que termina por reducir los derechos a una mera buena razón para argumentar la solución arbitrista de un conflicto. SIECKMANN lo ha expresado con suma claridad: los derechos fundamentales "... son argumentos a favor de juicios normativo y no, en cambio, normas que guíen directamente la conducta"³⁵.

Esa desmaterialización de los derechos pone una fe desmedida en la labor de los tribunales. Pero no en la que creo que le es propia: interpretar el precepto que contiene el derecho fundamental para extraer de él las reglas jurídicas que componen su norma constitucional, sino como fuentes de creación de normas *iusfundamentales* a partir de esa sustancia única que comparten los distintos sistemas constitucionales occidentales (mejor decir, europeos) que únicamente aluden a la Constitución nacional como un simple pretexto para decidir. La forma en la que así se hace es sutil y extremadamente compleja. Buen ejemplo de ello ha sido el Caso Melloni en España, STC 26/2014, mencionado más arriba.

³⁵ Jan-R. Sieckmann, *Los derechos fundamentales como principios*, en Jan-R Sieckmann (ed.), "La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", Pons, Madrid, 2011, p. 28. Tecla Mazzaresse, *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas*, "Doxa", núm. 26, 2003, págs.687 y ss. De la misma autora, *¿Está la era de los derechos cambiando?*, "Anuario de Derechos Humanos", Vol. 5, 2004, págs. 655 y ss. Interesante el debate entre Adler y Fallon: M.D. Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, "Michigan Law Review", núm. 1, 1998; R.H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third Party Standing*, "Harvard Law Review", Vol. 113, 2000; M. D. Adler, *Rights, Rules and the Structure of Constitutional Adjudication: A Response to Professor Fallon*, "Harvard Law Review", Vol. 113, 2000.

6 LA MODERNIDAD LÍQUIDA Y SU CONSTITUCIONALISMO. UNA CONCLUSIÓN

Tomo la expresión de BAUMAN que considera signo de esta modernidad líquida un tiempo en el que todo es transitorio, incierto, flotante, imprevisible, sin certezas, donde se han derretido los sólidos sobre los que se sustentó la construcción de las sociedades (y de sus Estados, añado yo) occidentales contemporáneas³⁶. Todo es revisable (*derritible*), incluidas las normas aparentemente claras y precisas. Y en lo que ahora interesa, la licuefacción obedece a la supuesta necesidad de adaptar esas normas a la incertidumbre (y los miedos) de la sociedad globalizada. El propio BAUMAN, con ecos del viejo debate entre libertad y seguridad³⁷, apunta cómo la fuente de legitimación originaria que persigue el Estado contemporáneo en esta época de la globalización de los miedos y de los riesgos radica en “la promesa del Estado de proteger a sus ciudadanos frente a los peligros para la *seguridad personal*. La forma política del “Estado de la seguridad personal”³⁸, con cuya excusa el Estado limita, relativiza e incluso elude las garantías que hasta ahora hemos considerado básicas de la dignidad y la libertad de los seres humanos. Si esa licuefacción es criticable en el plano político y de las decisiones atinentes a la dirección política del Estado, para un paleo-positivista resulta inaceptable cuando afecta a la Constitución e implica licuar sus preceptos en atención a las urgencias del instante sociopolítico. Volvamos al caso de la prohibición constitucional de la tortura en el que bien se puede comprobar la fluidez con la que hoy parece interpretarse este término. Sea dicho ahora que no me consta que el TC haya variado su doctrina sobre la prohibición de cualquier tipo de tortura del artículo 15 CE desde sus resoluciones de los años 90.

Cuando la CE prohíbe la tortura establece una regla jurídica clara y cierta: prohíbe taxativamente cualquier clase de tortura. Su propósito es prohibir la introducción del deber de soportar dolor físico o psíquico infligido voluntaria y conscientemente. El artículo 15 CE es inusualmente preciso. En palabras de la STC 120/1990, FJ-9, “«Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en

³⁶ Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004 (3ª reimp.).

³⁷ Ramón Punset Blanco, *Seguridad, libertad, Constitución*, “Cuadernos de Alzate: revista vasca de la cultura y las ideas”, núm. 30, 2004, págs. 107 y ss. Alan M. Dershowitz, *Shouting Fire: Civil Liberties in a Turbulent Age*, Little, Brown and Company, Boston, 2002.

³⁸ Zygmunt Bauman, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Tusquets, Barcelona, 2007, pág. 27; y desarrolla esta idea en relación con el Estado y la democracia en las págs. 81 y ss.

su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente". Puede discutirse sobre lo que sea tortura, cosa que no hicieron ni los Votos Particulares formulados a la STC 120/1990. Pero no sobre su prohibición. Es aquí donde se distingue la Constitución sólida de la líquida. En la primera el debate se centra en definir qué cabe considerar tortura, porque una vez calificada, la CE la prohíbe. En la segunda, el debate se centra en si en efecto esa prohibición afecta a todo tipo de tortura y en toda circunstancia.

La mencionada STC 120/1990 versaba sobre la alimentación forzosa de unos reclusos en huelga de hambre. El TC consideró que ese acto no era un caso de tortura, pero sí constituía un límite a la integridad física y moral de los reclusos, que debía someterse al estándar de todo límite a un derecho fundamental: que sea necesario, adecuado y proporcionado a la finalidad perseguida. En este caso el fin perseguido era garantizar la salud y vida de los reclusos, que en el caso concreto además constituía un deber inexcusable del Estado en la medida en que tenía a su cuidado a los recurrentes en su condición de internados en un centro penitenciario cumpliendo una condena penal. Para el TC la manera proporcionada de limitar el derecho a la integridad física y moral de los reclusos huelguistas pasaba por esperar a su pérdida de consciencia.

Podemos discutir sobre la interpretación y alcance que debemos darle al término tortura (¿lo es conducir a alguien por la fuerza ante la presencia del juez? ¿inyectarle sueros de la verdad de forma indolora?). El problema no es ese, porque en el Derecho el lenguaje es natural y posee un sentido que quizá precise concreción. El problema es que se discuta la prohibición misma de todo tipo de tortura, la relativización de esa prohibición taxativa. Argumentos licuantes de la prohibición de la tortura como el "recurso al mal menor" de SCHMITT o LARENZ, o la llamada "tortura de salvamento" de BRUGGER, o la tortura "bajo autorización y supervisión judiciales" de DERSHOWITZ, o el recurso a la legitimidad de una "presión física moderada", no son alternativas interpretativas al concepto de tortura, sino simples relativizaciones de su prohibición, y por tanto, en el caso español, la relativización de una norma constitucional que contiene una regla jurídica precisa al albur del criterio moral del intérprete (el factor humano) que transforma hasta hacerla irreconocible la norma constitucional que contiene el derecho fundamental.

De este modo la Constitución se convierte en una simple norma orientativa, en un mero pretexto argumental en la ponderación judicial entre distintos principios, bienes y derechos en conflicto. A mi juicio, éste no deja de ser el ánimo que alienta movimientos como el neoconstitucionalismo³⁹, el constitucionalismo transnacional o global⁴⁰, o ideas como la “constitución en red”⁴¹ o el “derecho constitucional común europeo”⁴², según los cuales, todo lo importantes es constitución, y lo importante es lo que forma parte o es consistente con ese nuevo derecho natural de la modernidad líquida en que consiste una especie de sustancia constitucional común y global⁴³.

Qué les puedo decir si además la Constitución se diluye en el diálogo entre tribunales, especialmente sus derechos fundamentales. Otro de los modismos inopinadamente admitidos e incorporados al lenguaje de un constitucionalismo empeñado en licuar la constitución. Una tesis muy ligada a los supuestos “espacios constitucionales comunes” o al “espacio constitucional europeo común” que supuestamente se construye por un TEDH y un TJUE que crean un estándar común y transnacional de protección *iusfundamental*, el primero, o rastrea ese acerbo constitucional común que debe respetar el Derecho europeo, el segundo.

¿Existe una entidad única de los derechos fundamentales como sostiene ROSOUX? ¿Hay un modelo constitucional global de derechos como sostiene MÖLLER? ¿Ambos capaces de imponerse a la mismísima literalidad de las

³⁹ Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

⁴⁰ Bruce Ackermann, *The Rise of World Constitutionalism*, Faculty Scholarship Series. Paper 129. <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/129>; última consulta el 11 de enero de 2018; Benito Alaez Corral, *Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho Constitucional español*, “Teoría y Realidad Constitucional”, núm. 40, 2017, págs.. 245 y ss; Ernst A. Young, *The Trouble with Global Constitutionalism*, “Texas International Law Journal”, Vol. 38, 2003, págs. 527 y ss; Mattias Kumm, *Global Constitutionalism and the Cosmopolitan State: An Integrated Conception of Public Law*, consultado en <https://www.wzb.eu/sites/default/files/u32/m_kumm_ccfls_2013_global_constitutionalism_and_the_cosmopolitan_state.pdf>, última consulta, 11 de enero de 2018.

⁴¹ Rafael Bustos Gisbert, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

⁴² Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón, Peter M. Huber, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; Pedro Cruz Villalón, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

⁴³ Gunther Teubner, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Alexander Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

constituciones nacionales? ¿Son los tribunales los que revelan esa sustancia única, compartida y común? ¿No eran los derechos humanos los que actuaban como tal? En estos razonamientos siempre late la sensación de que los preceptos constitucionales que contienen derechos son meros pretextos, un argumento más y no precisamente el decisivo, para ponderar. No son reglas jurídicas que rigen comportamientos, sino argumentos para decidir sobre valores y principios en conflicto (seguridad, terrorismo, muchos, pocos) que obedecen a voluntades y razones ajenas a la Constitución, impredecibles, incontrolables, y por eso profundamente antidemocráticas. Así lo creo.

Submissão em: 03.05.2018

Aceito em: 26.06.2018

