

olhar diverso olhar diverso olhar diverso olhar diverso olhar diverso olhar diverso olhar diverso olhar diverso olhar diverso

ISSN. 2447-0171



olhar diverso

olhar diverso

Revista multitemas | DIREITO | n. 03 . out.dez/2016



Criação

PROJETO GRÁFICO

Adilma Menezes

FOTOGRAFIA DA CAPA:

© Roxana Gonzalez | Dreamstime.com

Catálogo – Claudia Stocker – CRB 5/1202

Olhar diverso - Direito

Revista Multitemas da Criação Editora. n 03. Out-
-Dez 2016. - Aracaju: Criação, 2016.

ISSN. 2447-0171

1. Direito 2. Olhar Diverso (Periódico)

I. Título II. Revista Multitemas III. Assunto

CDU 340

O conteúdo dos artigos publicados são da responsabilidade exclusiva dos seus autores.

Olhar diverso

N. 3 | outubro-dezembro/2016

A revista **Olhar diverso** é um periódico da Criação Editora tem o intuito de incentivar a publicação de resultados de pesquisas nas diferentes áreas do conhecimento que usam o conceito de discurso como referencial de análise. Agrega artigos, resumos expandidos, resenhas, debates sobre temáticas variadas que encorajem o diálogo interdisciplinar sobre as relações entre discurso e práticas sociais.

EDITOR

José Afonso do Nascimento

CONSELHO EDITORIAL

Fábio Alves dos Santos
Universidade Federal de Sergipe

José Eduardo Franco
Universidade de Lisboa/ CLEPUL

Luiz Eduardo Menezes
Universidade Federal de Sergipe

Luiz Carlos da Silveira Fontes
Universidade Federal de Sergipe

Jorge Carvalho do Nascimento
Universidade Federal de Sergipe

José Afonso do Nascimento
Universidade Federal de Sergipe

José Rodorval Ramalho
Universidade Federal de Sergipe

Justino Alves Lima
Universidade Federal de Sergipe

Martin Hadsell do Nascimento
Universidade do Texas, Austin

Rita de Cácia Santos Souza
Universidade Federal de Sergipe

CONSELHO CIENTÍFICO

Acássia Araújo Barreto
Ana Maria de Menezes
José Afonso do Nascimento
Lilian Cristina Monteiro França
Rita de Cacia Santos Souza

SUMÁRIO

- 7 EDITORIAL
- 9 A SEGURANÇA PÚBLICA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS
Joelma Lopes Custódio Cruz
- 23 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O TRIBUNAL PENAL
INTERNACIONAL
Juliana Lustosa de Carvalho
- 37 OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Rhaquel Gleysiane Farias Nunes
- 53 A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO AUXILIAR NA
PERSECUÇÃO CRIMINAL
Thereza Raquel Macedo Guimarães
- 77 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E OS ESCOPOS DA
JURISDIÇÃO: ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO
Willde Pereira Sobral
- 91 O CONCEITO DE SENTENÇA E SUA ABORDAGEM DE ACORDO
COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
Cynthia Cardozo Roza de Andrade
- 113 O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM
JULGADO
Allan Davis Carvalho Machado

- 129 REVERSÃO JURISPRUDENCIAL PELA VIA LEGISLATIVA:
ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4983/CE
Alexsandro Azevedo Guimarães
- 149 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AFASTA A INELEGIBILIDADE
PREVISTA NA ALÍNEA E, I, ART.1º DA LC Nº 64/90?
José Clecio Macedo Meneses
- 173 NOÇÕES BÁSICAS E PRÁTICAS SOBRE O REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)
Thyara Kahena Sotero Alves
- 197 PAPEL DO JUIZ NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO:
UMA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
PROCESSUAIS
Ariele Rocha Felício Cavalcanti
- 211 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE
AÉREO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTES
João Victor da Graça Campos Silva
- 235 EFEITOS DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (TI) NA GESTÃO
DO REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO
Ronald Nascimento de Jesus
- 251 CIDADANIA INDÍGENA: desafios de um Estado pluriétnico
Lucas Leite Medeiros Mascarenhas Andrade
- 275 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

EDITORIAL

A Revista **olhar diverso** vinculada a Criação Editora traz nesse número, um diálogo interdisciplinar sobre as relações entre discurso e práticas sociais com temáticas variantes na área do Direito.

Boa leitura!

A SEGURANÇA PÚBLICA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS

1. INTRODUÇÃO

A segurança pública é um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, *caput*, da C.F), sendo essencial para o desenvolvimento da sociedade. A Constituição Federal assegura aos brasileiros, sejam eles natos ou naturalizados, e aos estrangeiros residentes no país, mesmo aqueles que estejam de passagem pelo território nacional, direitos que não podem ser objeto de Emenda Constitucional por serem cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), por mais que se tente modificar o texto constitucional. Segundo Javier Barcelona Llop, “a forças de segurança têm como missão proteger o livre exercício dos direitos e liberdades e garantir a segurança dos cidadãos”¹.

Num mundo em que a pobreza e a insegurança são crescentes, espera-se que haja um acréscimo na qualidade das políticas públicas sociais e econômicas desenvolvidas pelos órgãos estatais. Entretanto, o que se observa é um crescente aumento do número de políticas de segurança com cunho evidentemente controlador do espaço urbano.

Os direitos fundamentais em determinadas situações com base na lei poderão sofrer restrições, principalmente quando atos de violência são praticados contra o Estado democrático de Direito. Para Sarlet (2010),

1 LLOP, Javier Barcelona. **Polícia e Constituição**. Madrid: Editorial Tecnos S/A, 1997. p. 225.

a preservação da ordem pública autoriza as forças policiais a limitarem a liberdade do cidadão, sem que isso configure constrangimento ilegal, que somente existirá no caso de abuso ou excesso. A liberdade não pode e não deve ser confundida com excessos ou mesmo com ato de barbárie contra as pessoas trabalhadoras e cumpridoras dos seus deveres.

Segurança, segundo o dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa é um “estado, qualidade ou condição de quem ou do que estão livres de perigos, incertezas, assegurado de danos e riscos eventuais; situação em que nada há a temer”. Assim, como um direito humano fundamental, segurança é não sentir-se vulnerável em relação aos outros homens e à sociedade. Por ser um tema muito amplo, nesta pesquisa acadêmica, será analisado o direito à segurança entendido como a proteção à vida e aos direitos e liberdades individuais de cada cidadão, estabelecido na Constituição do país na busca por uma sociedade mais justa e harmoniosa. Nas palavras de De Plácido e Silva:

Segurança: derivado de segurar exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança indica o sentido de tornar a coisa livre de perigos, de incertezas. Tem o mesmo sentido de seguridade que é a qualidade, a condição de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado de danos ou prejuízos eventuais. E Segurança Pública? É o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade de cada cidadão. A segurança pública, assim, limita a liberdade individual, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode turbar a liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a. (grifo do autor)

O aspecto administrativo da segurança pública envolve o processo de prevenção e repressão aos fatos geradores de insegurança. Para

situar a importância da segurança para a manutenção da ordem pública e da paz social, é imprescindível que se faça uma análise dos objetivos do Estado brasileiro estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pela leitura do artigo 3º da Constituição Federal, nota-se que o Estado Democrático de Direito existe principalmente para satisfazer as necessidades humanas e assegurar os direitos e liberdades de cada cidadão. O Estado tem várias funções e é através da função política que irá desenvolver meios capazes de alcançar os objetivos constitucionalmente propostos.

Entende-se que a função administrativa é uma ramificação da função política, uma vez que é através de atos administrativos dos órgãos estatais que será assegurado o funcionamento dos serviços públicos estabelecidos na Constituição, entre eles a segurança pública. Como bem conclui Kildare Gonçalves Carvalho, “pode-se dizer que o Estado, como sociedade política, existe para realizar a segurança, a justiça e o bem-estar econômico e social, os quais constituem os seus fins.” Dessa forma, segurança pública não é apenas um dos meios do Estado alcançar seus objetivos, ela é também um dos seus fins e como um objetivo estatal, a segurança pode ser individual ou coletiva.

A segurança individual está estabelecida no artigo 5º da Constituição da República: “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...”. Assim, a segurança individual é a garantia ao cidadão de uma vida plena, com o gozo dos direitos e liberdades individuais.

A segurança coletiva é mais ampla, e está condicionada à proteção de toda a sociedade brasileira, através de ações de prevenção e repressão tendente a alcançar o bem comum, que nos dizeres de Kildare Gonçalves Carvalho “(...) o bem comum constitui finalidade que legitima o Estado”. O Estado ao programar a segurança coletiva efetiva a segurança individual, isto é segurança pública e tem como objetivo maior a preservação da ordem pública e a paz social.

1.1 O Artigo 144 da Constituição Federal de 1988

Observam-se no artigo citado que não são apenas os entes estatais responsáveis pela segurança pública, todos os cidadãos têm a responsabilidade de zelar pela segurança uns dos outros. Apesar de atribuir ao Estado o dever principal, o constituinte ao dispor que a segurança pública é “direito e responsabilidade de todos”, imputa à sociedade não só o gozo, mas também a participação na segurança pública. Dessa forma, todos os cidadãos devem zelar e fazer o possível para garantir a manutenção da sua segurança e do próximo.

Luís Flávio Sapóri (2007) elucida que na segurança pública, o que se garante é o inefável valor da convivência pacífica e harmoniosa, que exclui a violência nas relações sociais; quem garante é o Estado, já que tomou para si o monopólio do uso da força na sociedade e é, pois, o responsável pela ordem pública; garante-se a ordem pública contra a ação de seus perturbadores, e garante-se a ordem pública por meio do exercício, pela Administração, do Poder de Polícia.

Desde que ocorra um interesse público relevante, justifica-se o exercício do poder de polícia da administração para a contenção de

atividades particulares antissociais ou prejudiciais à segurança². O particular não está acima da lei e deve obedecê-la, ou sujeitarem-se as consequências de seu descumprimento. Não se pode permitir que grupos ou pessoas desrespeitassem o Estado em nome de interesses que estão divorciados do interesse públicos. Uma nação somente se torna forte quando todos se unem para o cumprimento de sua lei fundamental que é a Constituição Federal. Por amor a esta lei Rui Barbosa de forma excepcional ensinou, “A Constituição é a rainha das leis, a verdadeira soberana dos povos”.

Com o advento da Constituição Democrática de 1988, retira-se do texto anterior a expressão “segurança nacional” que se preocupava principalmente com a proteção ao Estado e passa-se a adotar a terminologia “segurança pública”, como bem aduz Kildare Gonçalves:

A segurança pública tem em vista a convivência pacífica e harmoniosa da população, fundando-se em valores jurídicos e éticos, imprescindíveis à existência de uma comunidade, distinguindo-se, neste passo, da segurança nacional, que se refere principalmente à segurança do Estado. (CARVALHO, 2006)

No contexto do paradigma da Segurança Pública, segundo Freire (2009), é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, porém nos incisos do artigo 144, são mencionadas apenas as instituições policiais da União e dos Estados, sem ressaltar o papel de outros órgãos governamentais na prevenção à violência ou o da própria comunidade. Com a Constituição Federal de 1988, houve a diferenciação da segurança nacional da segurança pública, em que a primeira é voltada para as ameaças externas à soberania nacional e defesa do território e a segunda referente à manifestação da violência no âmbito interno.

2 MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 20.a ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 290-291.

A responsabilidade sobre a Segurança Pública, nesse conceito, passa a ser prioritariamente dos estados, por serem estes os responsáveis pela gestão das polícias civil e militar. Esse arranjo dotou os estados de autonomia na condução da política de segurança, mas, ao mesmo tempo, dificultou a implementação de diretrizes mínimas de uma política nacional de segurança, o que poderia trazer prejuízo para a prevenção e controle da violência e criminalidade, pois a manifestação desses fenômenos não respeita as fronteiras estaduais.

A Segurança Cidadã tem como primeiro objetivo a identificação dos problemas geradores da violência e delinquência, e em segundo momento a implementação de ações planejadas visando à resolução dos problemas identificados, esse processo envolve instituições públicas e a sociedade civil bem como outras áreas de atuação, como educação, saúde, lazer, esporte, cultura, cidadania, etc.

A Carta Magna definiu a segurança como um direito social a ser concretizado pelo Estado, de modo a garantir que os cidadãos possam viver com dignidade, ter plena liberdade de ir e vir, garantindo-lhes a integridade física, psíquica e moral através de todos os mecanismos que estejam ao alcance.

O aparato policial tem o condão de prevenir o cometimento de delitos, investigar e capturar àqueles que porventura cometerem alguma infração penal, bem como servir de desestímulo à prática criminosa.

O Supremo Tribunal Federal, em seu pleno já decidiu que o rol do artigo 144, da Constituição Federal é taxativo e não há possibilidade de ampliação dos órgãos da Segurança Pública, descritos no citado dispositivo, através de legislação infraconstitucional, inclusive nas Constituições Estaduais.

STF – Incompatibilidade, com o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, da norma do artigo 180 da Carta da Constituição do Rio de Janeiro, na parte em que inclui no conceito de segurança pública a vigilância dos estabelecimentos penais e, entre os órgãos

encarregados dessa atividade, a ali denominada 'Polícia Penitenciária'. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, por maioria de votos (STF – Pleno – Adin nº 236-8/RJ – Rel. Min. Octávio Gallotti – Diário da Justiça, Seção I, 1º Jun.2001, p.75).

2. DIREITOS INDIVIDUAIS

Desde que o homem começou a viver em sociedade procurou estabelecer regras que assegurassem a paz social e a harmonia de uns com os outros. No entanto, diante de sua ineficiência na tentativa de busca da pacificação social o homem percebeu que somente algo superior a ele poderia atingir o completo convívio harmônico. O ser humano deixou de fazer justiça com as próprias mãos e entregou esse poder a um ente superior, o Estado.

A afirmação histórica dos direitos fundamentais está relacionada com a evolução da própria sociedade. O cristianismo marcou, significativamente, a ideia de que o homem é portador de uma dignidade que necessita de proteção especial, tendo como fundamento o ensinamento segundo o qual o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, portanto, este assumiu a condição humana para perdoar os pecados daquele, dispensando, desta feita, sobre a natureza humana, um valor característico. Frise-se, ademais, que a dignidade humana assume uma relevância *sui generis* no pensamento de São Tomás de Aquino. Segundo Sarlet (2010) tal constatação pode ser feita em Pico della Mirandola, humanista italiano, que, por inspiração tomista, ainda no período renascentista, advogou que a personalidade humana se caracterizava por ter um valor impar, “expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem” (SARLET, 2010)

Os direitos fundamentais do homem, segundo Luño, citado por Moraes (2011), constituem um conjunto de faculdades e instituições,

reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas em cada momento histórico.

Tais direitos fundamentais objetivam, de acordo com Hesse, citado por Bonavides (2011), manter os pressupostos elementares de uma vida livre e digna e, numa acepção mais restrita, são os direitos fundamentais aqueles que o direito vigente qualifica como tais.

Os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, denominados direitos de segunda dimensão, aos quais daremos mais ênfase neste estudo, foram introduzidos no constitucionalismo do Estado Social e dominaram o século XX, conexos ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, visto que este os ampara e estimula. (BONAVIDES, 2011)

A ideia clássica de democracia é no sentido de vontade da maioria. Tal pensamento serviu como uma das grandes bases para a revolução francesa. Naquele momento buscava-se a superação da monarquia absolutista, todo poder estava na mão do rei e surge o estado de direito, que no contexto Francês se traduz no princípio da legalidade.

Por se tratarem de princípios, mesmo que não haja uma regra, é fato que nascem de um valor comum, a dignidade da pessoa humana. A pessoa humana é um valor fundamental da ordem jurídica, é o ponto de partida de toda ordem jurídica brasileira. A pessoa humana deveria ser tida não como um meio para o fim dos outros, mas possui o fim em si própria.

Previstos no artigo 5º da Constituição Federal, os direitos e garantias individuais são “cláusulas pétreas” e devem ser interpretadas como tais. Diferenciando os direitos das garantias constitucionais, podemos dizer que os direitos são bens e vantagens descritos nas normas constitucionais, enquanto as garantias são instrumentos através dos quais se assegura os exercícios dos aludidos direitos.

Os Direitos e Garantias Fundamentais são previsões que buscam de certa forma fazer com que o cidadão possa exercer um mínimo

de dignidade na sua vida no Estado, sendo essa uma parcela indispensável à pessoa humana, garantindo à liberdade e à igualdade. Importante dizer que na lição de vários doutrinadores, os direitos são declaratórios e as garantias são assecuratórias, como ser explicado em capítulo próprio, mas que não se limitam às dispositivos na “Lei Maior” e também estão na legislação internacional.

Os direitos fundamentais encontram-se ora expressos, ora implícitos dentro do modelo constitucionalista na forma de princípios constitucionais fundamentais que guardam os valores essenciais da Ordem Jurídica. Sem eles a Constituição não passaria de um aglomerado de normas cuja semelhança seria o fato de estarem introduzidas num mesmo texto legal. Dessa forma os direitos fundamentais passam a ser direitos jurídico-positivos, cuja aplicabilidade deve ser absoluta.

3. SEGURANÇA PÚBLICA EM CRISE

A insegurança que atravessa o Brasil é sentida por todos os ramos da sociedade, motivo este que vem refreando o País em seu desenvolvimento social, econômico e cultural, lançando-o num laboratório de políticas de segurança pública sem qualquer apego aos princípios constitucionais.

Parece procedente sob esta ótica o segundo relatório periódico de implementação do Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (International Covenant on Civil and Political Rights), elaborado pela organização Anistia Internacional (Amnesty International) sobre a insegurança no Brasil, que, quase uma década após a entrega de seu primeiro libelo quanto às condições do País ao Comitê das Nações Unidas dos Direitos Humanos (United Nations Human Rights Committee –HRC), confirmou a falta de manejo de políticas públicas adequadas e efetivas ao combate da violência e à proteção dos direitos humanos³.

3 **BRAZIL:** nine years of missed opportunities for human rights. Amnesty International Press Release. [tradução livre] London. 25.oct. 2005. Disponível em: <<http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR190212005>>. Acesso em: 27 Setembro 2016.

Entre as principais preocupações apontadas pela aludida Organização se destacam as execuções sumárias por policiais; o aumento do uso da tortura como punição, investigação e método de extorsão; os grupos de extermínio; superlotação das delegacias e presídios; ameaça e atentado aos defensores dos direitos humanos⁴.

É verdade que nenhuma destas questões parece novidade para o cidadão brasileiro. Há duas décadas a socióloga Cecília Pires já apontava as mesmas razões trazidas por tal relatório, atribuindo causa a estes fatores, resistentes ao tempo, ao dizer que “a longa tradição de autoritarismo na história do Brasil ensinou que tanto os direitos coletivos como os individuais são sistematicamente desrespeitados.”⁵

O que de fato se constata é que, seja através do empirismo sociológico refletido na descrença da sociedade quanto à atuação da Administração Pública em relação à segurança, bastando ver o resultado do referendo sobre a comercialização de armas de fogo no Brasil, ou, ainda, pela recorrente utilização da dogmática jurídica, tributária de uma inflação legislativa de comandos e discussões penais de suspeita relevância - como recurso último do fim da violência - o que permanece sem resposta é uma solução para a criminalidade.

Sem que se avance no núcleo das principais causas da violência, é procedente observar que a efetivação dos direitos fundamentais sociais, como de todos os demais, é condição *sine qua non* para o exercício da cidadania e para a estruturação da dignidade da pessoa humana.

Embora a redução das desigualdades esteja sempre na ordem da pauta imaginária do legislador brasileiro, não é menos verdade que a discussão acerca da violência, ainda que sem o rigor científico devido, ceda espaço ao cáustico debate acerca do “nervoso” binômio segurança/liberdade.

4 **BRAZIL:** nine years of missed opportunities for human rights. Amnesty International Press Release. [tradução livre] London. 25.oct. 2005. Disponível em: <<http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR190212005>>. Acesso em: 27 Setembro 2016.

5 PIRES, Cecília. **A violência no Brasil**. São Paulo.: Ed. Moderna, 1985, p. 5-15.

No Brasil ainda tem-se a má cultura de não valorizar o setor educacional, quando, no entanto os países mais desenvolvidos do mundo devem este desenvolvimento à priorização do sistema educacional. A falta de investimento na educação gera a continuidade das desigualdades sociais, e estas desigualdades são a causa principal da criminalidade.

Sendo assim, é evidente que a falta de educação digna e a desigualdade social em comunidades menos favorecidas criam um ciclo vital em que esses fatores perduram por gerações e como consequência gera a criminalidade. Advertindo que a intenção neste trabalho acadêmico não é justificar a criminalidade, mas apenas tentar apontar possíveis causas da insegurança no Brasil.

A falta de incentivos e de valorização dos profissionais da área de segurança é outro fator importante. A classe policial tem sido desmotivada pelas péssimas condições de trabalho combinada com a falta de recursos materiais e humanos adequados para exercer a profissão policial. É necessário que os membros do Poder Executivo repensem a segurança pública, invistam em políticas públicas na área da educação e da segurança, e em programas que promovam a cidadania, para que se alcance uma sociedade justa e harmoniosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito à Segurança é um dos direitos e garantias previstos no texto constitucional e também como direitos fundamentais ao homem, sendo eles indispensáveis à pessoa humana. São preconizados nos tratados internacionais e pertencem como dever legal aos três entes da Federação.

No Brasil a segurança Pública está deixando a desejar e a sociedade está desacreditada na eficiência estatal, pois os particulares procuram se defender do crime organizado e da escalada da violência.

O que de fato ocorre é que para que tais direitos sejam suprimidos, é necessária uma emenda constitucional ou Revisão Constitucional. Tal mudança admite exceções, onde a Constituição estando ligados aos fatores sociais, políticos, econômicos, morais e religiosos, a mesma deve estar em consonância com as necessidades de tal época.

As condições do ensino brasileiro são péssimas se comparadas às de outros países, níveis muito baixos de conhecimento, crianças trabalhando ao invés de estarem na escola.

A Segurança Pública é um Direito Fundamental indispensável para a manutenção da ordem pública e da paz social, sem ele a convivência social se torna inviável. Pode-se dizer que colaboram para tal garantia o sistema policial, judicial e prisional, cada qual com sua função, que como visto, ocorre em momentos distintos e de maneira diversa, mas que se completam e buscam uma mesma finalidade.

Todos os poderes participam do complexo sistema ora apresentado: o Executivo, através do poder de polícia que é por ele comandado e gerenciado; o legislativo, através da elaboração das leis que regem o Direito Penal e o Processual Penal; e o judiciário, através da aplicação destas leis, que efetivam o caráter preventivo da pena.

Além de todos os poderes e ramos do direito envolvidos, o cidadão não pode esquecer que apesar de ser o principal portador dos direitos advindos da segurança pública, este deve ativamente participar e atuar na garantia de tais direitos. Observa-se ainda, que todas as diversas áreas que possam atuar na diminuição violência (educação, saúde, lazer esporte, cultura, cidadania, etc.).

Não há como discordar, todavia, que a segurança pública é um dos maiores desafios deste século, mormente devido à incapacidade estrutural do Estado no sentido de garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente no concernente a ela, exigindo-se – e vai continuar a exigir por longo período – um desforço peculiar. Nesse contexto, examinar a segurança pública como direito fundamental é inevitável, diante da ineficiência das instituições.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL; Constituição (1988); **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. 292 p.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009..

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico Houaiss**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2009.

LLOP, Javier Barcelona. **Polícia e Constituição**. Madrid: Editorial Tecnos S/A, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20.a ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIRES, Cecília. **A violência no Brasil**. São Paulo.: Ed. Moderna, 1985.

SAPÓRI, Luís Flávio. **Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora: FGV, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, DE PLÁCIDO. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1978

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional buscava há algum tempo a criação de um tribunal que pudesse atuar com efetividade na defesa dos direitos humanos e impedir o cometimento de delitos capazes de infligir um mal não a esse ou aquele indivíduo, mas a espécie humana, à sua dignidade.

Nessa busca incessante, diversos países chegaram a um consenso quanto à criação de um Tribunal Penal Internacional (TPI), durante a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em Roma, de 15 de junho a 17 de julho de 1998, mediante a aprovação do Estatuto de Roma, o qual entrou em vigor no dia 1º de julho de 2002.

O Estatuto de Roma foi incorporado ao Direito Brasileiro por meio do Decreto 4.388, de 25/09/2002.

Diante do quadro retro citado, questões relevantes vieram à baila, impulsionando-nos à formulação do presente trabalho, no qual buscaremos analisar dois dos principais conflitos apontados pelos doutrinadores entre esse relevante Tratado e o nosso direito interno, mais precisamente com a nossa Lei Maior, que seriam a possibilidade de entrega de um nacional para ser julgado por esse organismo, bem como a aplicação da pena de prisão perpétua.

2. DESENVOLVIMENTO

Em 2002, o Brasil tornou-se signatário do Estatuto de Roma. Por meio desse Tratado, os países acordaram quanto à criação de um Tribunal Penal Internacional, como uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance e repercussão internacional.

A criação desse Tribunal era um desejo dos países em busca de que as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial não voltassem a ocorrer e, caso ocorressem em algum momento futuro, não permanecessem impunes, como ocorrera outrora. Objetivou também, evitar a possibilidade de criação de Tribunais de exceções que não oferecem a mínima segurança jurídica. Era uma pretensão que remontava ao Tratado de Versalhes.

A sua elaboração, contudo, não foi tão consensual, visto que contou com diferentes opiniões, haja vista ser humanamente impossível se estabelecer um Estatuto condizente com todas as sugestões e ordenamentos internos, tão diferentes entre si. Logo, a ocorrência de divergências entre o que seria instituído para a Corte internacional e o desejado por cada Estado já era esperada.

No caso do Brasil, enquanto Estado signatário, as contradições que se estabeleceram entre a Constituição Federal brasileira e o Estatuto de Roma geraram inúmeras discussões no meio jurídico, as quais precisaram ser solucionadas.

Sabe-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem na CF a sua lei maior. Inadmissível, portanto, a aplicação de uma lei dentro do Estado brasileiro que viesse ou venha a contrariar o que foi por ela disposto, até mesmo porque a CF representa os valores e princípios a serem alcançados.

Tratando-se do direito internacional, não existe uma Constituição a ser seguida; as regras são baseadas em princípios e no costume que

se sedimentaram nas relações internacionais, embora, atualmente, tenhamos tratados que representam o direito positivo na órbita externa e que são por demais importantes.

No que se refere ao Brasil, existem duas divergências fundamentais que precisam ser harmonizadas para que o TPI possa julgar um cidadão brasileiro. A primeira é a questão da “entrega” de nacionais à jurisdição do Tribunal, a qual assemelha-se muito à extradição. A segunda diz respeito à possibilidade de aplicação ou não da pena de prisão perpétua a um brasileiro.

As duas questões supracitadas não são as únicas que se confrontam com diretrizes emolduradas na Magna Carta. Além delas, temos também o problema da ausência de imunidade do Chefe de Estado e da possibilidade de se desconstituir a coisa julgada brasileira. Embora relevantes, essas questões não serão objeto de análise no presente trabalho.

Considerando-se que a extradição e a possibilidade ou não de aplicação da pena de prisão perpétua aos nacionais são as principais situações de divergências entre o contido no Estatuto de Roma e o previsto pela Constituição Federal, focaremos a nossa análise nesse entrave.

No tocante à extradição, a Constituição Federal brasileira dispõe no seu artigo 5º, inciso LI que: “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”

Diante do preceito constitucional o brasileiro nato nunca poderá ser extraditado, enquanto o brasileiro naturalizado poderá sê-lo em dois casos: 1- por crime comum (praticado antes da naturalização); 2- quando da participação comprovada em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

A extradição é conceituada por Hildebrando Accioly como “o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou

já condenado como criminoso, à justiça de outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo.”¹

Ela é um instituto de cooperação **entre os Estados**, cabendo ao STF decidir sobre o deferimento ou não da mesma quando solicitada por um Estado estrangeiro.

A extradição ainda exige alguns requisitos entre os quais pode-se citar: a - a existência de um acordo de extradição entre os países; se não houver acordo a extradição dependerá de mero ato discricionário; b - o delito também tem que ser punido no país em que se encontra o indivíduo; c - o país que pede a extradição não poderá punir o indivíduo com a pena de morte. Por outro lado, o STF ao decidir sobre um pedido de extradição deve verificar se todos os requisitos estão presentes, identificando sobretudo a nacionalidade do indivíduo, para que se tenha certeza se sobre ele incide alguma das hipóteses de vedação constitucional.

O conflito entre a CF e o Estatuto reside justamente na vedação absoluta de se extraditar um brasileiro nato, ou seja, submetê-lo à jurisdição de outro Estado, mesmo que este tenha competência para julgá-lo.

A solução encontrada pelo Estatuto foi diferenciar ‘a extradição’ de um nacional, da ‘entrega’ do mesmo para o Tribunal, compatibilizando a existência das duas ordens - a interna e a externa.

Dispõe o artigo 102 do Estatuto de Roma que:

Artigo 102

Termos utilizados

Para os fins do presente Estatuto:

- a) por ‘entrega’ se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto;

1 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e. Manual de Direito Internacional Público. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 347.

b) por ‘extradição’ se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno.

Dessa forma, de acordo com a construção jurídica do Estatuto de Roma, o Estado brasileiro ao entregar um nacional para que o TPI possa julgá-lo, não estará ferindo preceito constitucional, já que há diferença entre a entrega para outro Estado – denominada extradição - e a entrega para um Tribunal internacional – denominada simplesmente de entrega.

André de Carvalho Ramos disserta a respeito do artigo 102 do Estatuto afirmando que:

De fato, o art. 102 do Estatuto expressamente diferencia a extradição do ato de entrega. A extradição é termo reservado ao ato de cooperação judicial entre Estados soberanos. Já o surrender é utilizado no caso específico de cumprimento de ordem de organização internacional de proteção de direitos humanos, como é o caso do Tribunal Penal Internacional.

Logo, não haveria óbice constitucional ao cumprimento de ordem de detenção e entrega de acusado brasileiro ao tribunal, já que a Constituição brasileira só proíbe a extradição de nacionais. Como o brasileiro não estaria sendo remetido a outro Estado, mas sim a uma organização internacional (o Tribunal Penal Internacional) que representa a comunidade dos Estados, não haveria impedimento algum.

Pelo contrário, a Constituição brasileira expressamente apóia a criação de tribunais internacionais de direitos humanos, como se vê no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

De fato, este artigo dispõe que o Brasil deve favorecer a criação de um tribunal internacional de direitos humanos. Logo, a

interpretação que se tem deste dispositivo é de que não podemos utilizar a própria Constituição para obstruir o funcionamento do Tribunal Penal Internacional, tribunal este criado justamente para combater graves violações de direitos humanos básicos ou fundamentais.²

De acordo com a opinião manifestada pelo autor, o conflito entre o Estatuto e a Constituição no tocante à extradição, é meramente aparente. O próprio Estatuto de Roma já resolve tal divergência no seu artigo 102.

Outrossim, uma análise sistemática da Carta Magna é suficiente para diferenciar a extradição de um brasileiro para um Estado estrangeiro, da entrega do mesmo para um Tribunal de defesa dos direitos humanos.

Observe-se que a CF prevê a criação desse Tribunal no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, admitindo assim, implicitamente, a possibilidade de haver o julgamento de brasileiro por este Tribunal.

Por outro lado, em se tratando da extradição propriamente dita, consubstanciada na submissão de brasileiro à jurisdição de outro Estado, existe clara vedação por parte do texto constitucional, e não foi em momento algum ampliado o alcance do termo a fim de permitir a entrega de brasileiro à um Estado estrangeiro.

Flávia Piovesan esclarece a distinção entre a extradição e a entrega, demonstrando a diferença com que os dois institutos se refletem na ordem interna de um Estado, afirmando respectivamente que:

Se, na primeira hipótese, existe uma preocupação de se impedir a rendição de nacionais a fim de se resguardar o princípio de igualdade entre dois Estados soberanos, na segunda hipótese essa

2 AMBOS, Kai et al. Tribunal Penal Internacional. Organizadores: kai Ambos e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 270.

preocupação perde o sentido. Um Estado, ao reconhecer a jurisdição de um tribunal internacional, não está formando uma nova entidade soberana e autônoma, frente à qual terá que se proteger, como faz perante outro Estado. Estará, ao contrário formando uma entidade que consistirá em uma extensão de seu poder soberano e que refletirá a intenção conjunta de vários Estados em colaborar para a consecução de um escopo comum, tangente à realização da justiça. O próprio Tratado esclarece, nessa linha, que os termos entrega e extradição referem-se a institutos diversos.³

De tal forma, não há qualquer incompatibilidade com a CF brasileira a previsão de entrega de um nacional que venha a cometer um dos delitos previstos no Estatuto de Roma, à jurisdição do TPI, desde que não tenha sido punido pelo Estado brasileiro, já que a jurisdição do TPI é complementar.

É relevante consignar no que tange a soberania dos Estados, que embora esta deva ser respeitada, não se pode admitir que tal soberania afronte direitos da humanidade, possibilitando a prática e impunidade de delitos de consequências transcendentais, por decisão de qualquer Estado que esteja vinculado a critérios políticos no julgamento de tais crimes.

A soberania não pode ser utilizada como escudo para a impunidade daqueles que cometem crimes que atingem toda a humanidade. Ela deve servir como meio de defesa dos cidadãos.

Marcelo Caetano define a soberania estatal como:

Um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não

3 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.182/3.

sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.⁴

O segundo ponto de discordância entre o estabelecido no Estatuto de Roma e a CF brasileira, e que é de fundamental importância, consiste na possibilidade de se aplicar a pena de prisão perpétua a um condenado pelos crimes de competência do TPI, o que é absolutamente vedada pelo direito pátrio, mais especificamente pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea 'b' da CF.

Não faltam autores que entendem que a previsão da pena de prisão perpétua não condiz com um tratado de defesa e garantia dos direitos humanos. Apesar disso, foi o único consenso possível entre os Estados partes, já que a ideia original era de previsão da pena de morte no Estatuto, contudo, diante da resistência de vários países em cujos ordenamentos jurídicos não há previsão da pena capital, optou-se por uma solução consensuada, ou seja, a previsão apenas da pena de prisão perpétua.

A Carta de Nuremberg e de Tóquio previram a pena de morte, enquanto os Tribunais 'ad hoc' para a Ruanda e a antiga Iugoslávia previram a pena de prisão perpétua como pena máxima, e sem nenhuma restrição.

Flávia Piovesan aponta que apesar de o Estatuto de Roma conter previsão de aplicação da pena de prisão perpétua, traz a possibilidade de revisão da pena aplicada após um período de tempo de entrada em vigor do Estatuto, fato que representa uma evolução no âmbito internacional, pois, por ocasião da Conferência de Revisão poderá se abolir tal pena do rol das sanções possíveis de serem aplicadas pelo TPI.⁵

Percebe-se, claramente, que a diversidade de opiniões e culturas existentes no mundo impossibilitam a criação de um Estatuto que

4 *Apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47.

5 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.172.

seja inteiramente condizente com as regras de direito internacional no tocante a defesa dos direitos humanos e que ao mesmo tempo se harmonize perfeitamente aos ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados signatários.

Resta consignar que a pena de prisão perpétua só será aplicada a casos de extrema gravidade, contudo, todos os crimes de competência do TPI são classificados como de extrema gravidade, de forma que a solução desse impasse ficará ao arbítrio dos juízes na hora de prolatarem as suas sentenças e analisarem os casos a serem submetidos a sua jurisdição.

A doutrina brasileira em sua maioria tem se posicionado contra a prisão perpétua, porém, não faltam autores que a recepcionem, a exemplo de Paulo José da Costa Júnior, que fundamenta seu acolhimento no argumento de que a pena nesse particular apresenta função preventiva geral, de intimidação da sociedade, e o caráter ressocializador que a mesma deveria ter não poderia ser aplicado nessas hipóteses, pois, os indivíduos merecedores de pena tão severa seriam aqueles irrecuperáveis.

Defendendo posição contrária, Walber de Moura Agra ao analisar a vedação constitucional afirma que “o fundamento para os impedimentos desses tipos de pena é o respeito pelos direitos fundamentais do cidadão. Essas penas ferem flagrantemente um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana”.⁶

Convém salientar que a Constituição Brasileira tem jurisdição apenas dentro do território nacional e, portanto, não rege o direito a ser aplicado fora de seus limites.

Alguns juristas defendem que os Estados partes deveriam compatibilizar o Estatuto com as legislações internas dos países, elaborando emendas à Constituição dos mesmos. Assim, o Estado parte adequaria a sua legislação ao previsto no Estatuto, evitando discussões. No

⁶ AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.191.

Brasil tal possibilidade é impossível, pois, a vedação quanto a pena de prisão perpétua é cláusula pétrea e não pode ser modificada através de simples emendas constitucional.

Convém salientar que o próprio Estatuto no artigo 80 estabelece que os Estados partes não precisam adotar as mesmas penalidades para crimes semelhantes na sua jurisdição, nem serão obrigados a executar quaisquer sentenças de encarceramento, a menos que o façam voluntariamente.

Os Estados poderão especificar condições de aceitação de pessoas sentenciadas, inclusive a condição de que não tenham que executar uma sentença de prisão perpétua.

Os países signatários do Estatuto de Roma tinham pleno conhecimento da impossibilidade de reservas quanto ao cumprimento de suas disposições e os que se comprometeram possuem o dever de respeitá-los na integralidade. Assim sendo, a opinião de doutrinadores no sentido de que para o Brasil entregar um nacional à jurisdição da Corte internacional deve constar a ressalva de que ao mesmo não será aplicada a pena de prisão perpétua, não tem como prosperar.

Ademais, a discussão da ‘inconstitucionalidade’ ou não da pena de prisão perpétua só tem cabimento no Direito pátrio.

Sylvia Helena F. Steiner na mesma linha de raciocínio afirma que:

Cogitar-se da hipótese de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano. As normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais.⁷

7 STEINER, Sylvia Helena F. **Doutrina:** O Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/tribunal>, p. 4. Acesso em: 26/02/2003.

Frise-se que, não está se afirmando em nenhum momento que a pena de prisão perpétua é aceitável pelo ordenamento brasileiro, contudo, é inegável que ela é uma realidade fora das fronteiras do nosso território. Ora, sendo o Brasil signatário do Tratado, e tendo ratificado o Estatuto de Roma, não há como se negar que o TPI poderá julgar e aplicar a um cidadão brasileiro a pena de prisão perpétua em caso de prática de crime cujo processamento e julgamento esteja afeto ao TPI.

Enfim, o TPI se compatibiliza com a Magna Carta na medida em que é um Tribunal que atuará fora das fronteiras do território brasileiro.

3. CONCLUSÃO

Analisando as disposições insertas no Estatuto de Roma, assim como as contradições existentes com a Constituição Brasileira de 1988, chega-se à conclusão que na verdade inexistem empecilhos ou conflitos reais para o cumprimento do Tratado pactuado, em relação à entrega de um nacional e à aplicação da pena de prisão perpétua.

Ora, a nossa Magna Carta veda a extradição do brasileiro nato e não a entrega desse a um Tribunal que não está vinculado à soberania de nenhum Estado específico, havendo previsão no art. 7º da ADCT acerca da sua criação.

Desse modo, o Estado Brasileiro não deverá, se for o caso, criar nenhuma barreira para o julgamento do brasileiro por esse Tribunal, visto que aderiu a esse e não existe, como já afirmado, barreiras reais ao seu cumprimento.

Na verdade, existem doutrinadores que não concordam com muitas de suas normas e defendem que sejam feitas restrições ou condições à sua aplicação no Estado brasileiro, sem lembrar que o Estatuto não aceita a imposição de reservas, um dos motivos pelos quais o EUA, por exemplo, negou-se a ratificá-lo.

A incorporação do Tratado ao direito interno se deu respeitando todas as normas procedimentais/formais necessárias, não havendo o

que se alegar em tal ponto e, em relação às normas materiais, houve uma concordância expressa.

O Brasil ao assinar tal documento fez uma opção política considerando a gravidade dos crimes e com pretensão de defesa de seus nacionais de tais práticas.

Ademais, efetivada a entrega do nacional ao Tribunal não se terá mais problemas quanto à aplicação da pena, pois pode ser aplicada a um brasileiro até a pena de morte quando esse infringe a legislação de um país que a preveja e o brasileiro se encontre fora do território nacional.

Outrossim, há de ser reconhecido um grande avanço em termos de defesa dos direitos humanos com a criação do TPI e adesão de inúmeros países, haja vista a gravidade dos crimes de sua competência.

Consigne-se, ainda, que a prática de tais delitos fere a dignidade da pessoa humana e o homem como espécie e diante desse fato a pena de prisão perpétua seria um meio de defesa contra atos atentatórios aos direitos humanos.

A previsão de uma pena de tamanha gravidade é proporcional a gravidade dos delitos tipificados no Estatuto, prevalecendo a defesa do direito da sociedade, do homem que vive em conformidade com o direito do seu Estado. Afinal, o infrator/criminoso que pratica um crime de genocídio teria mais direitos do que a sociedade? Do que aqueles que tiveram as suas vidas ceifadas? Esse delinquente teria efetivamente capacidade de ressocialização? Tal fato não viola os direitos humanos arduamente conquistados? Esse indivíduo é capaz de conviver em sociedade e respeitar o direito do próximo?

Observa-se que atualmente no Brasil existe uma tendência a se inverter os valores da sociedade buscando-se dar uma primazia apenas aos direitos humanos dos infratores em uma proteção desenfreada desses, pensamento esse que precisa ser repensado. Isso não quer dizer que eles não devam ter seus direitos respeitados, porém a luta deve ser intensificada na melhoria do sistema penitenciário brasilei-

ro, na implementação de políticas públicas, melhoria de educação, entre outras medidas e não necessariamente no enfraquecimento da repressão penal.

Aliás, em um Tratado de tamanha magnitude onde vários direitos são assegurados, inclusive, o do julgamento pelo seu direito interno (a jurisdição do TPI é complementar) e que se pretende proteger a humanidade de crimes bárbaros, porque questiona-se tanto acerca da penalidade a ser aplicada ao infrator?

Na espécie, os juristas nacionais, repita-se, buscam dar uma primazia exagerada aos direitos dos delinquentes, deixando-se de analisar a real necessidade em alguns casos e a depender do tipo de crime de que se preveja penas mais graves e efetivamente capazes de proteger a sociedade de indivíduos que não tem a mínima condição de convivência social e nem de readaptação.

Enfim, se algum dia o Brasil vier a ter um dos seus nacionais julgado pelo TPI devem serem respeitadas todas as normas presentes no Estatuto de Roma, haja vista que os conflitos são meramente aparentes e a elaboração de suas normas respeitou a proporcionalidade, garantiu o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMBOS Kai et al. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e leis Internas: O judiciário brasileiro e a Nova Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **Doutrina nacional: uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação ao ordena-**

mento jurídico pátrio. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/doutrina nacional](http://www.ibccrim.org.br/doutrina_nacional). Acesso em: 12/02/2003.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo.

MELO E SILVA, Fábila de. **Doutrina Nacional**: Tribunal Penal Internacional permanente: uma justiça complementar. Disponível em : [http://ibccrim.org.br/doutrina nacional](http://ibccrim.org.br/doutrina_nacional) Acesso em: 26/02/2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

STEINER, Sylvia Helena F. Doutrina: **O Tribunal Penal Internacional**. Disponível em : <http://ibccrim.org.br/tribunal>. Acesso em: 26/02/2003.

OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1. INTRODUÇÃO

A reconstrução democrática pela qual passou o Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, traçou num novo perfil do Ministério Público, alocando-o como um símbolo de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Emergia, assim, um órgão autônomo e independente, deslocado da estrutura dos demais Poderes do Estado, cuja atuação foi rotulada constitucionalmente como “essencial à Justiça”.

De acordo com o art. 127, *caput*, da CF/88, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Nas palavras do o eminente constitucionalista Alexandre de Moraes:

(...) o legislador constituinte criou, dentro do respeito à teoria dos ‘freios e contrapesos’ (cheques and balances), um órgão autônomo e independente deslocado da estrutura de qualquer dos Poderes do Estado, um verdadeiro fiscal da perpetuidade da federação, da Separação dos Poderes, da legalidade e morali-

dade pública, do regime democrático e dos direitos e garantias individuais: o Ministério Público. (MORAES, 2015, p. 611).

Para tanto, operou-se uma ampliação das funções institucionais do Ministério Público, as quais foram consignadas, de forma meramente exemplificativa, no art. 129 da Constituição Federal de 1988; bem como no bojo de algumas legislações infraconstitucionais, dentre as quais destacam-se: a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e na Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

O caráter não taxativo das funções ministeriais foi evidenciado no inciso IX, do art. 129, da CF/88, que possibilitou ao *Parquet* o exercício de outras funções que lhe fossem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade (funções-meio).

A esta possibilidade, a doutrina denominou de “teoria dos poderes implícitos”, a qual teve sua origem nos Estados Unidos, em 1819, por meio do posicionamento do Presidente da Corte Suprema, John Marshall, no julgamento *McCulloch versus Maryland*, onde a Corte Suprema entendeu que as regras gerais, delineadas pela Constituição serviriam de norte para a atividade dos poderes e órgãos constituídos, mas a estes caberia valer-se dos meios necessários para atingir a finalidade pretendida.

Ainda segundo Marshall, a teoria representava o próprio interesse nacional na facilitação do exercício dos Poderes, impedindo que estes se tornassem obstaculizados. Instigava-se, assim, a existência de outros meios de exercício de poder, a fim de que a ineficácia não viesse a criar entraves ao exercício de um dever ou direito previstos na Constituição.

Pois bem, é justamente com base nessa teoria que parcela da doutrina passou a defender a possibilidade do *Parquet* realizar outras funções a exemplo da participação em Conselhos Penitenciários de Direitos Humanos, e a realização da investigação criminal, cuja discussão

é objeto primordial deste trabalho; enquanto outra parcela doutrinária mostra-se desfavorável, defendendo, de forma mais específica, a exclusividade das investigações criminais pela Polícia, em nome do princípio da paridade de armas.

2. DA POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MODELO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Conforme é cediço, vivemos hoje num Estado Democrático de Direito, marcado pelo fortalecimento do Poder Judiciário, e pela busca precípua da justiça social.

Na visão de Marcos Kac apud Paula Roberta Pereira Freire, o Estado Democrático de direito pode ser entendido da seguinte forma:

Estado Democrático de Direito deve ser entendido como aquele em que seus cidadãos tomam as decisões políticas e traçam as linhas mestras de atuação de seus governantes. Este se funda no princípio da soberania popular, impondo participação efetiva do povo na coisa pública, visando assim, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e em seu nome é exercido, diretamente ou por representantes eleitos, envolvendo a participação popular no processo decisório, respeitando a pluralidade de ideias, culturas e etnias. O Estado Democrático tem por fundamentos a soberania, a cidadania e dignidade da pessoa humana, os valores éticos e sociais, vigorando o trabalho e a livre-iniciativa, e, ainda, o pluralismo político. (FREIRE, 2008, p. 7).

Segundo Streck e Feldens apud Paula Roberta Pereira Freire (2008, p. 9), na medida em que a Constituição de 1988 estabelece um novo paradigma no campo jurídico-político, exurgindo o Estado Democrático de Direito como um plus normativo em relação às fases/dimensões estatais anteriores (Estado Liberal e Estado Social), torna-se absolutamente relevante que haja uma nova discussão sobre o perfil a ser assumido pelas instituições encarregadas da defesa da ordem jurídica a partir do que dispõe o núcleo político da Carta.

Foi com base nessas premissas que o artigo 127 da CF/88 traçou o novo perfil constitucional do Ministério Público, alocando-o como o “defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ora, sendo o Ministério Público guardião dos princípios da ordem democrática, num Estado Democrático de Direito, é perfeitamente coerente que ele possa exercer a função investigatória, haja vista que estaria desempenhando da forma mais ampla possível o seu mister constitucional.

É imprescindível que o órgão detentor da propositura da ação penal pública possa realizar diligências complementares ao inquérito policial ou até mesmo presidir investigações criminais, principalmente quando os crimes envolvem policiais, grandes empresários e agentes públicos. Negar ao Ministério Público o direito de investigar tais crimes é negar a promoção de uma ação penal responsável, já que tais elementos de convicção servem para a construção do convencimento do *Parquet* quando da feitura da denúncia.

No entanto, é de registrar-se que a recomendação é que a investigação criminal realizada pelo Ministério Público somente aconteça quando for estritamente necessária, devendo, portanto, está revestida, de eventualidade e subsidiariedade em relação à investigação policial. Logo, não há que se falar numa usurpação das funções da polícia, até porque, desde muito tempo, outros órgãos podem realizar a investigação criminal. Assim, se a ação penal pode estar embasada em outras

provas que não as colhidas pela polícia, poderá também estar naquelas colhidas pelo Ministério Público, por razões mais que lógicas.

Pode-se dizer, desta forma, que a investigação promovida pelo Ministério Público está subsidiada no princípio da eficiência, haja vista que somente se fará presente quando a investigação policial não for suficiente, não possa ser realizada da melhor forma possível, ou quando for efetuada de forma conjunta entre a Polícia Judiciária, e o Ministério Público, ou a outros órgãos.

Essa emergente possibilidade de desenvolvimento de investigações criminais pelo Ministério Público, no entanto, gerou, desde os seus primórdios, uma acalorada discussão doutrinária, que dividiu os teóricos do direito em dois posicionamentos: um favorável; e outro contrário à realização da investigação criminal direta pelo *Parquet*.

De forma precípua, um dos argumentos utilizados para afastar a legitimidade do Ministério Público em realizar investigações no âmbito criminal encontra-se no processo histórico.

Nesse sentido, doutrinadores como Viera apud Fábio Motta Lopes (2012, p. 141), fundam-se na decisão do RHC 81.326-DF, em que o Ministro Relator Nelson Jobim, em várias passagens do seu voto, comentou que:

A legitimidade histórica para a condução do inquérito policial e realização das diligências investigativas, é de atribuição exclusiva da Polícia. (...) Na Assembleia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do Controle Externo da Polícia Civil, o processo de instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido. Ao final, manteve-se a tradição. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCH 81.326/DF. Ministro Nelson Jobim. Julgado em: 03/05/2003).

Desta forma, sustenta Vieira apud Fábio Motta Lopes (2012, p. 143), a partir da utilização de um método interpretativo histórico,

que a interpretação conferida à Constituição, no sentido de autorizar a investigação criminal pelo Ministério Público é equivocada.

De forma contrária, Frederico Marques apud Fernando Azevedo Santos (2006, p. 54), criticando o método histórico e teleológico de interpretação sustentou que a lei não está presa à vontade do legislador, e que a interpretação histórica deve, acima de tudo, adaptar-se ao momento atual e aos anseios da sociedade contemporânea, revelando-se numa verdadeira interpretação histórico-evolutiva.

Ademais, a corrente doutrinária contrária, ao analisar o termo “exclusividade” contido no art. 144, §1º, inciso IV, da CF/88, interpreta-o em seu sentido literal. Veja-se, nesse sentido, o que aduz Nelson Jacinto Coutinho apud Fernando Azevedo dos Santos.

O adverbio grifado, enfim, tem assento constitucional e não se pode fingir que não conta do texto, o que beiraria o ridículo. Não bastasse isso-de todo vital na base de qualquer pensamento sobre tema em discussão-, quando nas referidas situações indecam-se as esferas de atuação, os comandos geram um poder-dever, afastando a atuação de outros órgãos do exercício daquele mister” (SANTOS, 2006, p. 56)

No entanto, não há como se conceber o monopólio da Polícia Judiciária em apurar infrações penais, notadamente porque o art. 144 da Constituição Federal apenas procurou demarcar a esfera de atuação de cada Polícia, a fim de que uma não interferisse na atribuição conferida a outra entidade policial.

Por conseguinte, de acordo com autores como Nélio Roberto Seidl Machado, Nucci e Vieira, todos citados por Rangel (2012, 181-219), a acumulação das funções de apuração e de acusação sobre um mesmo órgão estatal, cria um risco à parcialidade do investigador. Além disso, segundo eles, conceder ao Ministério Público pessoal e direta-

mente, a produção de provas na fase pré-processual fere o princípio da paridade de armas, provocando um desequilíbrio entre acusação e defesa na batalha travada em juízo.

Ora, conforme é cediço, o Estado, ao exercer o seu *jus puniendi*, não está autorizado a aplicar imediatamente a execução da pena ao suposto agente do fato delituoso, haja vista que, ao lado de sua pretensão punitiva, encontra-se o *jus libertatis* do acusado, e a garantia constitucional do devido processo legal.

Desta forma, o Ministério Público, enquanto protetor da ordem jurídica e dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, atua paralelamente à função de órgão acusador, como órgão fiscalizador do devido processo legal (eis que sem este não há efetivação dos direitos e garantias fundamentais).

Por derradeiro, ressalta-se que os adeptos do posicionamento contrário defendem que não existe dispositivo legal na Constituição Federal, tampouco na legislação infraconstitucional, que autorize a realização de apuração investigativa criminal pelo Ministério Público.

No entanto, tendo como base a Constituição Federal de 1988, pode-se destacar como fundamentos da investigação criminal realizada pelo Ministério Público, de forma mais enfática, os incisos I, II, VI, VIII e IX, do art. 129, abaixo analisados:

O inciso I do art. 129 da CF/88 revela que o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Logo, se ele é o *dominus litis da ação*, convindo-lhe realizar as diligências investigatórias que entender cabíveis na formação do seu convencimento para o ingresso ou não da futura ação penal.

Ato contínuo, o inciso II, determina que o Ministério Público deve realizar medidas que assegurem dos direitos protegidos pela Constituição Federal. Nada impede, portanto, que aí estejam incluídas, medidas investigativas criminais.

Por outro lado, nos termos do inciso VI, o Ministério Público poderá expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, colhendo, desta forma, os elementos mínimos à formação do seu convencimento.

O inciso VII atribui ao Ministério Público o controle das atividades policiais. Desta forma, a ele competirá fiscalizar essa atividade, estando também preparado para realizá-la. Conforme se verifica, essa função é uma das principais bases constitucionais norteadoras da deflagração de uma investigação criminal pelo MP, uma vez que, é na realização de fiscalizações, que o membro do *Parquet* pode constatar abusos, omissões e desvios realizados pela própria polícia que configurem ilícitos penais, o que deflagra o dever do Ministério Público em instaurar o procedimento investigativo para apuração dessas infrações.

Por conseguinte, nos termos do inciso VIII, cabe ao Ministério Público a função de requisitar diligências investigatórias, bem como a instauração do inquérito policial, o que evidencia, mais uma vez, que a investigação criminal não é uma atividade exclusiva da Polícia Judiciária.

Por derradeiro, nos moldes do inciso IX do artigo 129, vê-se que o Ministério Público pode realizar outras funções, além das elencadas no citado artigo, desde que compatíveis com a sua finalidade. Vislumbra-se, desta forma, que o texto constitucional não é taxativo quanto à enumeração das funções destinadas ao *Parquet*, permitindo que a legislação fixe outras funções desde que compatíveis com a finalidade constitucional da instituição, dentre elas a investigação criminal.

Registra-se que, além dos aludidos fundamentos constitucionais, existem outros espalhados no bojo de leis complementares e ordinárias.

Nesse sentido, Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), prevê, no seu art. 26, incisos I, II e V, a possibili-

dade do Ministério Público instaurar procedimentos administrativos pertinentes, e para instruí-los, promover diligências investigatórias necessárias. Outrossim, pode o Ministério Público praticar atos administrativos executórios de caráter preparatório, e requisitar informações e documentos a entidades privadas quando necessário para a instrução do procedimento ou processo. Com base nisso, pode-se entender a investigação criminal preliminar como um procedimento administrativo preparatório da ação penal, sendo passível, portanto, de realização pelo Ministério Público.

Ademais, de acordo com Moreira apud Fernando Azevedo Santos (2006, p. 57), o disposto no inciso I, do artigo 26, da Lei 8.625/93, refere-se não só aos inquéritos civis, como também quaisquer outros procedimentos, isso porque, segundo ele, a expressão “pertinente” presente no artigo faz referência às medidas e procedimentos condizentes com a função do Ministério Público, e não somente aos inquéritos civis, conforme estabelecido no art. 26.

A Lei Complementar nº 75/93, por sua vez, elenca em seus artigos 7º e 8º as funções investigativas do Ministério Público da União.

Registra-se, outrossim, que em 2006, o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) editou a Resolução nº 13, que regulamentou o art. 8º da Lei Complementar 75/93, e o art. 26 da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração do procedimento investigatório criminal.

Nos termos do art. 1º da aludida Resolução:

Art. 1º. O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. (BRASIL, Resolução n. 13, 2006).

Por tudo isso, observa-se a interpretação gramatical- interpretação isolada do texto- e aquela em que se busca o “espírito da lei” perderam terreno diante do contexto político-normativo em que encontra-se inserida a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cedendo espaço ao que se convencionou chamar de “nova hermenêutica, a partir da qual a Constituição e demais leis infraconstitucionais devem ser analisadas sistematicamente (processo sistemático)¹, como um todo, buscando a harmonia do ordenamento, bem como a efetivação da vontade social.

Antes de finalizar o presente capítulo, mister se faz ressaltar, ainda, a súmula 234 do STJ, que estabelece a ausência de impedimento do membro do Ministério Público na participação das investigações criminais e conseqüente oferta da denúncia.

STJ Súmula nº 234 - A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

Destarte, malgrado inexista uma decisão definitiva sobre a matéria, emitida pelo Pleno do STF, a jurisprudência prevalente no âmbito das Cortes Excelsas brasileiras aponta para o reconhecimento da possibilidade do desenvolvimento da investigação criminal pelo Ministério Público, desde que observados os limites constitucionais, que passaremos a analisar.

3. LIMITES CONSTITUCIONAIS À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E A PEC 37

3.1 Dos limites constitucionais

A investigação criminal realizada pelo Ministério Público, assim como toda atividade investigativa, é limitada por alguns princípios

elencados na própria constituição, com o escopo de que seja evitado o cometimento de abusos em sua realização.

Analisa-se, a seguir, aqueles considerados de maior relevância dentro da atividade investigativa:

Princípio da Legalidade

Em obediência à legalidade, os poderes investigatórios do Ministério Público, bem como os seus requisitos, deverão ser traçados pela lei, só podendo o *Parquet* realizar a apuração de fatos previstos como ilícitos, mormente em razão da norma prevista no art. 1º do Código Penal, que prenuncia não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim, a tipicidade deverá ser entendida como um instrumento em favor da legalidade; além de exercer a função de comunicadora, na medida em que os cidadãos tomarão conhecimento dos comportamentos definidos como crime.

Deverá o membro do Ministério Público estar atento, ainda, às cláusulas de reserva jurisdicional, que buscam impedir que determinados atos sejam praticados sem autorização judicial.

Princípio da eficiência

Segundo o administrativista Hely Lopes Meirelles (2008, p.98) “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

Nesse contexto, entende-se que o Ministério Público somente poderá investigar quando essa ação for necessária à eficiência da persecução penal, mormente porque as investigações conduzidas notadamente pelas polícias (mas, também por outros órgãos como Receita Federal e Comissões Parlamentares de Inquérito), podem sofrer interferências externas, com grande potencial para malferir a qualidade da instrução.

Princípio da fundamentação

O princípio da fundamentação também constitui um limite à atribuição investigatória do Ministério Público, por tornar indispensável, como requisito de validade de todos os atos praticados no curso da investigação, que sejam estes respaldados em motivação legal (previsão abstrata para a prática da medida) e fática (razões de fato que a justifiquem, no caso concreto).

Princípio da proporcionalidade

Nas palavras de Beccaria apud Bitencourt (2014, p.55), a proporcionalidade, para o direito penal, se refere à ponderação que deve haver entre o grau de lesividade do bem jurídico protegido, a sanção imposta e os meios adequados de investigação da materialidade dos ilícitos.

Assim, evidencia-se que a proporcionalidade condiciona o exercício do poder estatal, impedindo o uso de arbitrariedade e excessos na aplicação da lei.

Princípio do Promotor Natural

O princípio do promotor natural sustenta que o membro do Ministério Público somente pode se fazer presente em um caso concreto quando suas atribuições forem investidas por leis previamente fixadas. Desta forma, veda-se a designação casuística (ou não norteada pela impessoalidade) de membros do *parquet* para atuarem na persecução sobre certos fatos delituosos. Evita-se, assim, o chamado “promotor de exceção”, informalmente denominado pela doutrina de “promotor de encomenda”.

3.2 PEC 37

A Proposta de Emenda Constitucional 37 de 2011, ou simplesmente a PC 37, de autoria do Deputado Federal e Delegado Lorival Mendes,

pretendia acrescentar ao art. 144 do texto normativo constitucional, que trata das competências atribuídas às polícias, o §10, com a seguinte redação: “A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, Proposta de Emenda Constitucional, 2011).

Desta forma, a aludida PEC buscava pôr fim na polêmica interpretativa do sistema de competências trazido pela Constituição, principalmente diante da teoria dos “poderes implícitos”, acrescentando ao texto a previsão explícita de que a investigação criminal direta cabe privativamente à polícia judiciária, não podendo ser conduzida e realizada diretamente pelo Ministério Público.

Ocorre que, na prática, se aprovada, a emenda praticamente inviabilizaria investigações contra o crime organizado, desvio de verbas, corrupção, abusos cometidos por agentes do Estado e violações de direitos humanos, favorecendo, desta forma a impunidade.

Felizmente, em 2013, a PEC 37 foi rejeitada pelo Plenário da Câmara Federal, em Sessão Deliberativa Extraordinária.

Importante se faz salientar que a rejeição da proposta foi em grande parte motivada pelas mobilizações institucionais e populares, que ganharam as ruas de diversas capitais durante todo o mês de junho de forma massificada, em defesa do fortalecimento das bases do Estado Democrático de direito, e contra a impunidade.

A acertada rejeição da PEC 37 deixou evidente que ela estava inserida num contexto de crise da legitimidade política brasileira, representando um estímulo à corrupção, notadamente, no que se refere ao controle externo da atividade policial. Torna-se, irrefragável, portanto, que a investigação criminal integra perfeitamente a vocação institucional do Ministério Público, reconhecida a nível constitucional e infraconstitucional.

CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho arremata-se que, a forma como o Ministério Público foi moldado pela Carta Magna de 1988, estando munido de garantias (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios) equipou-o de uma imparcialidade, até mesmo superior a de outros órgãos atuantes no campo investigatório, o que faz com que ele seja uma instituição perfeitamente estruturada ao exercício da atividade investigatória penal, primando pela sua missão garantista, no combate à impunidade.

A legitimidade e eficácia dos poderes investigatórios do Ministério Público são inegáveis diante da forma como este Órgão tem atuado no combate ao crime organizado, ao desvio de verbas, à corrupção, aos abusos cometidos por agentes do Estado, e à violação dos direitos humanos, o que é reconhecido, inclusive, pela sociedade brasileira.

Nesse cenário, reconhecida a compatibilidade das funções e natureza ministerial com a atividade investigatória do Ministério Público; bem como a limitação desta atividade no ordenamento jurídico pátrio, conclui-se que negar ao Ministério Público o direito de investigar criminalmente implica em comprometer a consecução das suas finalidades constitucionais, mormente no que diz respeito à defesa da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Princípios do Direito Penal**. In: _____. Tratado de Direito Penal-Parte Geral. Vol 1. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.55.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/constituicao/htm>>. Acesso em: 15/10/2014.

BRASIL. Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 mai. 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 04/10/2014.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 fev. 1993**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 04/10/2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda constitucional nº 37, de 08 de junho de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&file-name=PEC+37/2011>. Acesso em: 09/11/2014.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 13, de 13 de outubro de 2006**. Brasília, 09 de out. de 2006. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2015-resolucao-13>>. Acesso em: 05/10/2014.

FREIRE, Paula Roberta Pereira. **Do Poder investigatório do Ministério Público: Contradições do RHC 81.326-DF**. Jus Navegandi, Teresina, ano 2008, n.1762, p. 7-9. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13587-13588-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24/10/2014.

LOPES, Fábio Motta Lopes. **A Inconstitucionalidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público**. Revista Segurança Pública e Cidadania, n. 4.1, ano 2012, p.141-143. Disponível em: < <https://periodicos.dpf.gov.br/index.php/RSPC/article/view/110>>. Acesso em: 30/10/2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Processos de interpretação**. In: _____. Hermenêutica e aplicação do direito. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 87.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Administração Pública**. In: _____. Direito Administrativo brasileiro. 34 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 98-99.

MORAES, Alexandre de. In: _____. **Organização dos Poderes e do Ministério Público**. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 50.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Sistemas de Processo Penal**. In: _____. Manual de Processo e Execução Penal. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104-105.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal pelo Ministério Público: visão crítica**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 118-123, 143, 181-219.

SANTOS, Fernando Azevedo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**, 2006, p. 54-59. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/30908/720.pdf?sequence=1>> Acesso em 10/10/2014.

A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO AUXILIAR NA PERSECUÇÃO CRIMINAL

1. INTRODUÇÃO

O combate da criminalidade é um anseio antigo e muito popular. É, pois, um dos deveres do Estado que conta com alguns mecanismos para desenvolver tal função. Esse dever está elencado no art. 144, *caput* da Constituição Federal de 1988. Contudo, tais mecanismos (leia-se: o aparato policial brasileiro) não vêm se mostrando suficientes no sentido de revelar para o guardião da pretensão punitiva o deslinde e o fechamento de todo o processo investigatório.

O que se aborda no presente artigo e que é tema bastante discutido na esfera jurídica brasileira é a possibilidade do Ministério Público desempenhar (junto à polícia) a investigação criminal. O Ministério Público é, sem dúvidas, um órgão de fundamental importância para democracia brasileira e, por se tratar de um órgão autônomo, conta com diversas atribuições, dentre elas encontra-se a presente atribuição que merece destaque.

A possibilidade de investigação criminal ser desempenhada pelo “*Parquet*” tem argumentos contra como também argumentos favoráveis como será esboçado mais adiante. Essa dicotomia é polêmica e, apesar de ter sido sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 234), não há um entendimento pacífico no Supre-

mo Tribunal Federal. Contudo, não se pode olvidar que, na atual conjuntura jurídica, o “*Parquet*” já vem realizando diligências investigativas e tal ação é de suma importância para consagração exitosa do desfecho de um crime.

É um tema recente e que foi alvo de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade como também de diversas Propostas de Emenda à Constituição. O esclarecimento sobre o tema é importante pois tal discussão está relacionado a um dos grandes problemas sociais: a criminalidade. Seu combate está intimamente relacionado a uma investigação célere e exitosa.

Para percorrer todo esse caminho foi utilizado o método histórico em que, com base em acontecimentos passados, buscou-se uma explanação para determinados fatos. Utilizou-se, também, o método comparativo, mostrando as teses e antíteses daqueles que são contra/favoráveis à investigação criminal pelo “*Parquet*” e por fim, a técnica de pesquisa bibliográfica.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O direito é uma das ciências sociais mais relevantes para o homem médio, é pois, um mecanismo de massas que guia uma determinada sociedade. Teve sua origem nos primórdios da antiguidade partindo da necessidade que o homem possuía para resolver litígios já existentes. Assim, o direito representa o modo organizacional de uma comunidade para manter a ordem social. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior :

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nomes de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como

estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade.¹

O direito busca, em diversos modos, a justiça. Esse nem sempre obtém êxito embora haja uma relação entre ambos. Cumpre-se, ainda, salientar que para realizar a justiça é necessária a ação conjunta dos diversos mecanismos que o legislador ofereceu ao homem, dentre eles figura as “*Funções Essenciais à Justiça*”. Nela temos dentre outros instrumentos o *Ministério Público*. O “*Parquet*” veio ao ordenamento jurídico com o objetivo de dinamizar a atividade jurisdicional existente.

Apesar de ser um instituto de consolidação relativamente recente no Brasil, data-se que, no Egito Antigo, existia a presença de figuras que se assemelhavam aos promotores de justiça. Na civilização egípcia tínhamos os “*Magiaí*” ao qual era incumbido a denúncia das práticas criminosas aos magistrados. Já na Grécia, a sociedade espartana contava com a atuação dos “*Éforos*” que detinham a função moderadora entre o poder real e senatorial, além de serem acusadores. Com o apogeu romano, na Roma Antiga, havia a figura do “*Advocatus Fisci*” e do “*Procuratores Caesaris*” que cumulavam as funções de acusador e juiz.

Posteriormente, na Idade Média, os estudiosos também relatam figuras com atributos similares ao órgão Ministerial. Vale salientar que, segundo estudo de Octacílio Paula Silva: “(...) no início, o Ministério Público não surgiu para promover a acusação penal, mas sim para a defesa dos interesses civis e privados do rei junto aos tribunais”.² Partindo dessa premissa, não se deve admitir as raízes gregas e romanas do “*Parquet*”, já que, naqueles povos, a persecução penal era exercida pelos cidadãos e não pelo Poder Público, além de que não eram defendidos o patrimônio do rei.

1 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, 2008, p.01. Editora Atlas.

2 SILVA, Octacílio Paula. Ministério Público. 1ª edição. Sugestões Literárias S/A, 1981. Presente em http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1016/das_funcoes_e_intervencoes_do_ministerio_publico Último acesso em 27.10.2015

Anos depois, ainda na França, começou de fato a estruturação de uma instituição que depois de aperfeiçoado geraria o Ministério Público atual.

Este fato ocorreu com a Ordenação (“Ordenance”) de 25/03/1302 de Felipe, “o Belo”. Nela os chamados procuradores do rei deveriam prestar juramento do juízo com fim de patrocinarem as causas do rei. Logo depois, vieram outras “Ordenances” tais como a de 28/12/1335, 20/07/1367 e a de 22/11/1371. Elas conferiram aos “procurateurs” atributos que se assemelham aos promotores de justiça de hoje. Com a Revolução Francesa, foram conferidas a tais membros maiores garantias.³

No Brasil, o Ministério Público é uma instituição forte e notadamente reconhecida. Sua evolução histórica teve início no Brasil Colônia, mas o Órgão Ministerial só veio ser consolidado no Brasil República. À medida que se evidenciava um aprimoramento da República brasileira, o “*Parquet*” ganhava força e uma nova roupagem até a Constituição de 1988. Tem-se, pois, que foi com o decreto nº 848 de 1890 do Ministro Campos Salles, que o Ministério Público Brasileiro passou a ter contornos de instituição a qual competia velar pela execução das leis, decretos e regulamentos além de promover a ação penal, quando necessário.

A Constituição de 1934 foi de suma importância e inovou ao introduzir o Capítulo VI “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”. Nele apresentou a figura do Procurador Geral da República aprovado pelo Senado Federal. Já em 1937, com Getúlio Vargas houve um retrocesso constitucional visto que apenas citava o referido órgão em artigos esparsos. Com o Código de Processo Penal

3 SILVA, Octacílio Paula. Ministério Público. 1ª edição. Sugestões Literárias S/A, 1981. Presente em http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1016/das_funcoes_e_intervencoes_do_ministerio_publico Último acesso em 27.10.2015

de 1941, ainda vigente nos dias atuais, foi reservado ao Órgão capítulo próprio, em que se estabeleceu no art. 257 que lhe caberia a fiscalização das leis além da titularidade da ação penal como regra. Em 1946, houve uma melhora em relação à figura institucional pois foi adquirido título próprio, fixação de regras para ingresso na carreira e algumas garantias, dentre elas a participação no quinto constitucional.

Com o golpe militar, a Constituição Federal de 1967 colocou a Promotoria Pública no âmbito do Poder Judiciário, sendo assim, seus membros passaram a possuir as mesmas garantias dos magistrados. Em 1969, a instituição voltou a figurar como parte do Poder Executivo.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 40 de 1981 trouxe toda sistemática de organização dos Ministérios Públicos dos Estados. Foi responsável também pela primeira definição legal no artigo 1º da citada lei:

Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis.⁴

Passado isso, veio, enfim, a Carta Magna de 1988 que deu, pela primeira vez, uma concepção completa e revolucionária ao “*Parquet*”. Trouxe um capítulo próprio, um rol de garantias e atribuições, vedações e organização do órgão como parte indispensável à administração da justiça. Tal instrumento normativo inovou em relação às Constituições anteriores, pois a Instituição não foi inserida nem no Poder Executivos nem no Poder Judiciário. Tem, pois, um capítulo autônomo e próprio – “Das funções essenciais à Justiça”.

4 DECRETO-LEI Nº 3.931 de 11 de dezembro de 1941 - Código de Processo Penal

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Há quem diga que o Ministério Público funciona como o “*quarto poder*”. Seria, pois, uma “*longa manus*” do Estado. Tal desmembramento, para muitos estudiosos, foi proposital e eficaz. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Sem dúvida, deve-se reconhecê-lo, foi intenção do constituinte fazer o Ministério Público representar a lei antes de servir aos governantes”.⁵

Contudo, existe ainda uma tese que não aceita tal definição. Dentre os doutrinadores que discordam de tal posição temos o constitucionalista José Afonso da Silva. Em seu entendimento:

(...) Ainda não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado, porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidos na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhe são privativos.⁶

O fato é que, se adotarmos uma visão positivista, vamos perceber

5 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva, 1989, p. 235

6 DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editores Malheiros, 33ª edição, 2010, p. 598

que o constituinte separou o “*Parquet*” dos demais poderes. Assim, no texto constitucional, temos uma separação proposital, desvinculando o Ministério Público de qualquer poder e colocando-o como um poder que goza de autonomia funcional, financeira e administrativa.

Em um rol meramente exemplificativo, o artigo 129 da Constituição Federal de 1988 traz algumas das atribuições que compete a tal órgão. Não podemos olvidar que o artigo. 129, IX, estabelece que compete ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem designadas, desde que sejam compatíveis com a sua finalidade. Assim, dentre as suas funções, ele figura como: o garantidor do respeito aos Poderes Públicos; o responsável pela ação penal pública; o fomentador da ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados; o defensor judicial dos direitos dos índios, dentre outras.

A que de fato merece destaque no presente artigo é a possibilidade do órgão realizar a investigação criminal. Tal vertente vem sendo muito questionada tanto pelos diversos órgãos do poder como também pela sociedade. Na seara cível não resta questionamentos, o Ministério Público é responsável pela investigação, bem como pela propositura do inquérito civil e da ação civil pública.

4. DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Há, aqui, uma dicotomia. De um lado a polícia com seus poderes já legalmente predefinidos, arvorados no direito que é inerente ao cargo e que já foi, anteriormente, preparada para atuar em tal função. Do outro, temos o Ministério Público, sedento por justiça e pela prática de um poder implícito designado por lei própria e pela Constituição Federal de 1988. Essa figura como uma instituição autônoma, com poderes constitucionais para defesa da sociedade e que tem como extensão dessa defesa, a investigação criminal.

4.1 Dos argumentos favoráveis

A doutrina aponta que dentre os argumentos favoráveis à inserção do “*Parquet*” como um órgão investigativo, há a presença de dois elementos: a Teoria dos Poderes Implícitos e o Princípio da Universalização das Investigações. Deve ser ressaltado ainda ressaltar que tal fato faz parte do sistema acusatório brasileiro e que não viola o princípio do devido processo legal. Trata-se, na verdade, de uma efetivação de tal princípio na prática.

Em relação à sistemática dos poderes implícitos, acentuou o Ministro Celso de Mello que tal teoria é fruto de uma doutrina que tem como precedente o célebre caso *McCULLOCH v. MARYLAND (1819)*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelece:

(...) a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (MS 26.547 – MC/DF, Rel. Min. Celso De Mello, j. 23.05.2007, DJ 29.05.2007). ”⁷

Sendo assim, quando o texto legal ou até mesmo constitucional outorga competência explícita a determinado órgão estatal, utilizando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, afirma-se que, a esse mesmo órgão, deve ser dado meios necessários para a efetivação da função outrora delegada. É, pois, o que se extrai da Teoria dos Poderes Implícitos.

Em um segundo argumento, o princípio da Universalização da Investigação exige que o procedimento investigatório não seja exclusivo a apenas um órgão público. Por ele, deve haver participação de diversos órgãos dentre eles o Ministério Público. Veda-se a “exclusividade” da Polícia Judiciária e, pelo fato de ser um princípio, tem um valor moral que deve ser cumprido.

7 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª edição. Saraiva, 2008, p. 98

Nas palavras de Santin

A polícia não é o único ente estatal autorizado a proceder à investigação criminal; não há exclusividade. O princípio é da Universalização da Investigação, em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação do acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional vigente.⁸

Consoante Vicente Greco Filho:

Exceto o caso da Polícia Federal, quanto à Polícia Judiciária da União, o princípio que rege a atividade policial é o da não-exclusividade, ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é de interesse público.⁹

O referido autor defende ainda que a permissão para investigação criminal não representa uma usurpação do poder da Polícia Judiciária, e sim uma forma de adentrar nos motivos que levaram à prática do crime em procedimento próprio. Ganha o Ministério Público, a sociedade e também a polícia visto que contará com um novo aliado para o deslinde positivo da investigação do caso.

4.2 Dos argumentos contrários

Tal antítese baseia-se em três argumentos: a exclusividade de que trata o artigo 144 da Constituição Federal de 1988; a ausência de legalidade para o “*Parquet*” exercer tal função; e o fato que o Ministério

8 SANTIN, Valter Foletto. O Ministério Público na investigação criminal. São Paulo. Edipro, 2001, p.26

9 LIMA, Marcellus Polasti. Ministério Público e Persecução Criminal. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1997, p. 55

Público integra a lide como parte processual, sendo assim, sua imparcialidade restaria comprometida.

O artigo 144, §1º, inciso IV da Constituição Federal versa: “(...) exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”.¹⁰

A expressão “*com exclusividade*”, ao adota uma interpretação literal, e nos leva a crer que, na esfera criminal, a investigação é monopólio da Polícia Judiciária. De fato, a hermenêutica jurídica nos remete a essa concepção.

Nas palavras de Bastos:

(...) pelo art. 144 da Constituição Federal a apuração das infrações penais e o exercício da Polícia Judiciária são exclusivos da Polícia Civil (com exceção das infrações penais militares) e da Polícia Federal, sendo certo que dever-se-á respeitar a vontade constitucional quanto ao controle nobilíssimo que deverá reinar entre nossas instituições (...)¹¹

Outro viés argumentado por aqueles que adotam a concepção da exclusividade da investigação criminal pela polícia é a ausência de embasamento legal para que o Ministério Público participe do processo investigatório. Partindo do dogma Positivista dos séculos XVIII e XIX, o “*Parquet*” não poderia exercer tal poder por ferir o princípio da Legalidade outrora adotado pelo Direito Penal e pelo Direito Processual Penal. Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso referente a tal princípio:

Essa regra básica denomina-se princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal, e representa

10 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Editora Saraiva, 2011.

11 BASTOS, Marcelo Lessa. **Investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Rio de Janeiro, 2009, Lúmen Juris, p.28.

importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais.¹²

Outro princípio ferido seria o Devido Processo Legal, pois haveria uma mácula processual pela participação do Órgão Ministerial na investigação infringindo assim um princípio consagrado na Carta Magna no artigo 5º, LIV. Tal poder deveria ser delegado por lei e não por uma interpretação extensiva. Salienta Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais¹³.

Sustenta ainda que o referido órgão figura como parte processual e que devido a isso deve ser dotado de imparcialidade. Assim, qualquer atividade instrutória compromete-a. Repise que o Ministério Público, órgão responsável pela acusação no sistema acusatório (sistema brasileiro adotado), ao gerir provas não pode, assim, ser imparcial. Para LOPES JR. “não existe investigador imparcial, seja ele juiz ou promotor”.¹⁴

Em contraponto a este entendimento, tem-se um posicionamento já decidido e sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Lê-se na súmula 234 do referido tribunal: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta no seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

12 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte geral, volume 1. Saraiva, 2009, p. 37.

13 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26º edição. Malheiros Editores, 2009, p.115.

14 “. LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume 01, RJ: LÚMEN JÚRIS, 2008, PAG. 76.

5. DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

A possibilidade ou não de investigação criminal pelo Órgão Ministerial ganhou força em junho de 2013, quando manifestantes foram às ruas protestar contra a Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011 (PEC 37) de iniciativa do deputado Lourival Mendes (PT do B – MA). A PEC 37 sugeria incluir um novo parágrafo ao artigo 144 da Carta Magna. Assim, feita tal mudança, acrescentar-se-ia ao texto que a apuração das infrações penais de que tratam os § 1º e 4º do artigo 144, incumbiriam somente às polícias federais, civis dos Estados e do Distrito Federal. Tal proposta foi rejeitada por 430 votos contrários e 9 favoráveis, além de duas abstenções.

5.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Enquanto o entendimento é positivo e pacífico no Superior Tribunal de Justiça, no Supremo Tribunal Federal, a situação não é a mesma. Há acórdãos que decidiram tanto pela impossibilidade quanto pela possibilidade da investigação. Frise-se ainda a existência de diversas Ações Direta de Inconstitucionalidade que, apesar de estarem pendentes de julgamento, é de suma importância no panorama jurídico brasileiro. Segue alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC
22727 GO 2007/0298930-0 (STJ)

Data de publicação: 22/06/2009

Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TORTURA E ABUSO DE AUTORIDADE. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA Nº 234/STJ. I - Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular

da ação penal, proceder investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129 , incisos VI , VIII , da Constituição Federal , e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, e art. 26 da Lei nº 8.625 /1993 (Precedentes). II - Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a opinio delicti de seu titular. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações, etc., é evidente que o Parquet também pode. Além do mais, até mesmo uma investigação administrativa pode, eventualmente, supedanejar uma denúncia. III - “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.” (Súmula nº 234/STJ). IV - Na hipótese, trata-se de procedimento administrativo de investigação deflagrado no âmbito da 3ª Promotoria de Justiça de Itumbiara/GO, tendo em vista que a vítima ali noticiou a suposta prática dos delitos de tortura e abuso de autoridade pelos recorrentes. Assim, não há que se falar em usurpação de função da polícia judiciária, já que não se trata de inquérito policial. Recurso desprovido

STJ - HABEAS CORPUS HC 84266 RJ 2007/0128840

Data de publicação: 22/10/2007

Ementa: CRIMINAL. HC. TORTURA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA À POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA N.º 234/STJ. ORDEM DENEGADA. 1- São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de

investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art. 129, inciso IX, da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial. 2- Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes. 3- Hipótese na qual se trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido pelos policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal. 4- Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o parquet o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia. 5- “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” (Súmula n.º 234/STJ). 6- Ordem denegada.

STJ - HABEAS CORPUS HC 37316 SP 2004/0108147-5 (STJ)

Data de publicação: 02/02/2009

Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONCUSSÃO. AÇÃO PENAL. ATOS INVESTIGATÓRIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA. SUBSCRIÇÃO. PROMOTOR. CONDUTOR. INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. APLICAÇÃO. SÚMULA 234/STJ. 1. Conquanto não se desconheça o debate travado no Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, esta Corte assentou entendimento no sentido de que, em princípio, são váli-

dos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia. 2. Não há irregularidades no fato de o Promotor de Justiça, condutor do procedimento investigatório administrativo, subscrever a inicial acusatória. Incidência da Súmula nº 234 deste Tribunal. 3. Ordem denegada.

5.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Ao analisar o posicionamento da Suprema Corte Federal, faz-se mister, explorar a ADIN 4271 – DF. Trata-se de um instrumento jurídico que realiza o controle de constitucionalidade das leis vigentes no país. Esta, por sua vez, foi ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) por meio do qual contesta os artigos 8º, V e IX e 9º, I e II ambos da Lei Complementar 75/93, o artigo 80 da Lei nº 8.625/93 e da Resolução nº 20/2007. A ADEPOL fundamenta que os referidos dispositivos legais, permitem que “*Parquet*” realize diligências investigatórias, ofendendo assim os comandos subscritos nos artigos 61, § 1º, II, “c” e artigo 84, II e VI da Constituição Federal, ocasionando assim uma ingerência de órgão subordinado ao Chefe do Poder Executivo. Vale ressaltar que a ADEPOL ajuizou diversas ADIs em diferentes Estados. Tem-se a ADI 3317 no Rio Grande do Sul; a ADI 3318 no Estado de Minas Gerais dentre outras.

Outros órgãos também ingressaram com tal instrumento jurídico, foi o caso do Partido Liberal na ADI 2943. O partido, consoante aos fundamentos demonstrados pela ADEPOL, alegou que compete ao Ministério Público tão somente requisitar informações à autoridade policial e não outras atribuições não designadas por lei.

Enquanto não se tem um julgamento definitivo das referidas ADIs pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário analisar os precedentes da referida Corte. Existem alguns arrestos que defendem

a possibilidade de investigação como também existem acórdãos que entendem pela inadmissibilidade de tal feito. A questão, como dito anteriormente, não é pacífica neste Tribunal.

Firmou-se entendimento:

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 205473 AL (STF)

Data de publicação: 19/03/1999

Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129 , VIII ; art. 144, §§ 1º e 4º. I - Inocorrência de ofensa ao art. 129 , VIII , C.F. , no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F. , art. 144 , §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido.

Nesse sentido, também já houve entendimento:

Não há previsão constitucional para o Ministério Público (MP) exercer investigações criminais, em substituição à Polícia Judiciária, a não ser em casos excepcionais. Com esse argumento, o ministro Cezar Peluso votou pelo provimento do Recurso Extraordinário (RE) 593727, com repercussão geral reconhecida, em que o ex-prefeito de Ipanema (MG) Jairo de Souza Coelho questiona decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) que recebeu denúncia contra ele por crime de responsabilidade, proposta pelo Ministério Público daquele

estado (MP-MG), subsidiada unicamente por procedimento administrativo investigatório realizado pelo próprio MP, sem participação da polícia.

Diante desse entendimento e por entender que não estão presentes, no caso em julgamento, as circunstâncias excepcionais que justificassem a investigação do MP, o ministro Cezar Peluso, em seu voto, decretou a nulidade, desde o início, do processo-crime em curso contra o ex-prefeito no TJ-MG, proposto pelo Ministério Público estadual.¹⁵

Em contraposição, tem-se, outrora decidido:

DIREITOPROCESSUALPENAL.RECURSOEXTRAORDINÁRIO.
MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE AFASTAMENTO
DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DE INVESTIGADO.
PROCEDIMENTO JUDICIAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS
DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROVIMENTO DA PARTE
CONHECIDA. (RE 535.478)

1. As questões de suposta violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência, têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insuscetíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário.

2. As argüições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas.

15 RE 593727. Rel. Min Cezar Peluso j. 15.04.2010. DJE 17.04.2010.

3. Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível mal ferimento da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal.

5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional.

6. Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.

7. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie determinou “(...) é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios

(...)”¹⁶. Em um outro julgado, dessa vez a Ministra Relatora foi Rosa Weber, negou-se liminar do HC 118280, nas palavras da Ministra:

Concluir que o sistema constitucional atribuiu aos órgãos policiais o papel principal na investigação criminal e aos delegados de polícia a condução dos inquéritos penais não significa reputar impedido o Ministério Público de realizar diligências investigatórias quando circunstâncias particulares o exigirem. O adequado cumprimento das funções institucionais do MP impõe, em alguns casos, a necessidade de busca de elementos informativos que possibilitem a persecução judicial, como em situações de lesão ao patrimônio público; delitos envolvendo a própria polícia; corrupção em altas esferas governamentais ou omissão deliberada ou não na apuração policial¹⁷

Tal *decisum* ocorreu no dia 09/08/2013, um mês após a rejeição da PEC 37. Convém notar que, após a rejeição da referida PEC, o Supremo optou, como a decisão acima delineada (HC 118280), pela prevalência do poder investigatório. Prova disso é a maneira como vem sendo conduzida a Operação Lava Jato. Esta é, pois, resultado de uma ação conjunta entre o Ministério Público e a Polícia Federal. É muito prematuro realizar, nesse momento, qualquer juízo de valor do panorama a ser adotado pelo Supremo. Aguardemos, pois, o mérito das ADIs para que se tenha um posicionamento firme e sem contradições por parte da Suprema Corte Federal.

¹⁶ RE 535.478, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.10.2008, DJE de 21.11.2008

¹⁷ Habeas Corpus 118280

6. DA IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO “PARQUET” NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Diante de tais análises, o que se tem é que a participação da Promotoria Pública na fase investigativa é imprescindível e legítima, conforme anteriormente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. Deve-se levar em consideração que é um posicionamento reiterado pelo respectivo Tribunal, sendo inclusive presente na súmula 234 que assim versa: “Participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”

Apesar de ainda não ter um posicionamento definitivo, vez que já decidiu a favor como também contra, o Supremo Tribunal Federal, após a rejeição da PEC 37, vêm se manifestando a favor do poder investigatório pelo Órgão Ministerial. Tem-se, pois, o HC 118280 de 09/08/2013 (um mês após a rejeição da referida PEC) e, no dia 14/05/2015, a Suprema Corte deu aval ao poder de investigação criminal por parte do Ministério Público ao decidir sobre um recurso de um prefeito de Ipanema (MG), que questionava a possibilidade do órgão realizar apurações independentemente da polícia. O STF, por maioria de 7 votos a 4, entendeu que esse poder não contraria à Constituição. Embora proferido em um caso específico, o entendimento servirá de orientação para demais processos semelhantes que tramitam em tribunais inferiores.

Outro aspecto a ser levado em conta é a consagração exitosa do referido Órgão. De fato, em diversos casos, houve a participação do “*Parquet*” e o resultado das diligências investigativas foi positivo. O caso mais latente na atualidade é a participação do Ministério Público Federal na Operação Lava-Jato. Este vem auxiliando de forma contundente à Polícia Federal.

De fato, é relevante que tal “inovação” no procedimento investigatório seja consumada. Contudo, repise-se que deve haver uma

ação conjunta do Ministério Público com a Polícia. Esta não terá suas competências minimizadas ou alteradas com a participação do Órgão Acusatório na investigação. Como já dito, ganha a polícia, ganha o Ministério Público e ganha a sociedade pois, agora, o Estado contará com o auxílio de mais um Órgão na persecução criminal.

Outro fato a ser analisado é o artigo 4º do Código de Processo Penal que assim versa: “Art.4º (...) § A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida na mesma função”¹⁸. Assim, tem-se que tal dispositivo foi recepcionado por nossa Carta Magna, logo, deverá ser adotada uma hermenêutica constitucional evolutiva no sentido de permitir que outras autoridades (leia-se: Ministério Público) possam participar da investigação criminal tal qual é permitido às polícias judiciais.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 exerce um importante papel no Estado brasileiro visto que desempenha um nítido papel democrático. Ela esboça valores como o da cooperação, o da interferência e o da inter-relação entre os órgãos. Não se deve, assim, apartar as atividades de maneira radical, mas sim, permitir que a Promotoria Pública e a Polícia Judiciária ajam em conjunto cooperando para uma melhoria social afinal, esse é o objetivo da Constituição Cidadã.

O embate travado devido a diversas interpretações do texto constitucional e de outras legislações vigentes deve ser assentado uma vez que o “*Parquet*” é revestido de legitimidade para desempenhar tal função conforme as razões já delineadas. Entretanto, frise-se, aqui, que deve haver um efetivo controle jurisdicional sob tal função, assim como é feito com outras funções expressas no texto constitucional.

18 DECRETO LEI Nº 3931 de 11 de dezembro de 1941 - Código de Processo Penal

Referendado tal hipótese ao Órgão Acusatório, o que se deve discutir não mais é a possibilidade, mas sim, os limites de atuação da investigação realizada pelo Ministério Público. Aqui, não se tem em tela uma usurpação do poder da Polícia Judiciária, trata-se, antes, de cooperação entre instituições para a consecução de objetivo comum, visto que, às vezes, a ação isolada da polícia se mostra insuficiente e precária.

Assim, o Ministério Público não deve ser apenas um mero espectador do procedimento investigativo. Ele, como um órgão autônomo e dotado de independência funcional, deve participar de tal procedimento ativamente junto à Polícia. Trata-se de uma tentativa de dar uma maior eficácia a esse sistema contribuindo, assim, para um melhor desempenho da persecução criminal. É uma solução oportuna e acertada visto que o combate ao crime é considerado um assunto persistente e delicado. Permitir a participação do “*Paquet*” na investigação criminal pode ser a resposta para ações inócuas e obstáculos infundados que permeiam a trajetória daqueles a quem compete à função de destrinchar o deslinde de um crime.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. **Investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Rio de Janeiro, 2009, Lúmen Juris, p.28.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral, volume 01**. Editora Saraiva, 2009, p.37.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Editora Saraiva, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editores Malheiros, 33º edição, 2010, p. 598

DECRETO LEI Nº 3931 de 11 de dezembro de 1941 – Código de Processo Penal – disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm (último acesso em 27/10/2015).

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26^o edição. Malheiros Editores, 2009, p.115.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, 2008. Editora Atlas, p. 01.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva, p. 235.

Habeas Corpus 118280 – disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342569/habeas-corporus-hc-118280-mg-stf>.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13^o edição, 2008, p.98

LIMA, Marcellus Polasti. **Ministério Público e a Persecução Criminal**. Rio de Janeiro, 1997. Editora Lúmen Juris, p.55.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, volume 01. Rio de Janeiro, 2008. Editora Lúmen Juris, p.76

RE 535.478, Rel Min Ellen Gracie, j. 28.10.2008. DJE 21.11.2008

RE 593.727, Rel Min Cesar Peluso, j. 15.04.2010. DJE 17.04.2010

SANGUINÉ, Odoni. A investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado e o retrocesso do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 37. Disponível em: [http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/13-A-investigacao-criminal-pelo-Ministerio-Publico-no-direito-comparado-e-o-retrocesso-do-Projeto-de-Emenda-Constitucional-\(PEC\)-n.-3](http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/13-A-investigacao-criminal-pelo-Ministerio-Publico-no-direito-comparado-e-o-retrocesso-do-Projeto-de-Emenda-Constitucional-(PEC)-n.-3). Último acesso em 27.10.2015

SANTIN, Valter Foleto. O Ministério Público na investigação criminal. São Paulo. Edipro, 2001, p.26

SILVA, Octávio Paula. **Ministério Público**, 1^o edição. Sugestões Literárias S/A, 1981. Presente: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1016/das_funcoes_e_intervencoes_do_ministerio_publico. Último acesso em 27.10.2015.

A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO: ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido a respeito da prestação jurisdicional no direito brasileiro e do seu afastamento das aspirações jurídico-políticas pleiteadas pelos processualistas modernos. A morosidade do Poder Judiciário é apontada como o principal gravame para que se alcance a definitividade das contendas instauradas. Com fito de atenuar os efeitos deste fenômeno, algumas mudanças significativas foram anexadas à estrutura do sistema processual, a exemplo da festejada Reforma do Poder Judiciário.

Em uma de suas vertentes a reforma acrescentou, ao bojo do artigo 5º da Lei Fundamental Brasileira, o primado da celeridade processual, salientando, por oportuno, que este passou a integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais.

Em decorrência deste novo corolário, o sistema infraconstitucional passou a instrumentalizar algumas outras mudanças, uma vez que esta garantia clamava por novos mecanismos de atuação, para se tornar condição real na ordem jurídica.

2. DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Por inteligência do disposto no art. 1º da Magna Carta, a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, em abandono a expressão de Estado de Direito consagrado pelas antigas Constituições, no qual todo o poder emana do povo, instituindo, destarte, uma fórmula política de Estado de Bem-Estar e Justiça Social.

Destaca-se, por oportuno, que esta inovação se mostrou de extrema relevância para o constitucionalismo brasileiro, porquanto sedimentou um governo independente e representativo dos anseios da sociedade.

Cumprе enaltecer, preliminarmente, que a figura do Estado Democrático de Direito aparece como aprimoramento à do Estado Social de Direito, que, por seu turno, foi resultado da superação histórica do Estado Liberal de Direito.

Sublinha-se, que em meados do século XVIII, surgiu o movimento intitulado de Constitucionalismo, no qual os Estados passaram a se organizar racionalmente por intermédio de um texto sistemático e formal, objetivando assegurar as prerrogativas imanentes aos indivíduos frente aos abusos decorrentes do absolutismo.

Em verdade, isto de deu em decorrência do irrestrito poder que o monarca titularizava, o qual atuava em desfavor da integridade de seus súditos, conquanto não existiam limitações de ordem moral, quiza material, eis que o governante e a lei eram sonônimos.

Com efeito, emergiu o Estado de Direito, aparecendo historicamente como Estado Constitucional, no qual o governo era exercido por intermédio da lei, instrumento de representação dos anseios dos cidadãos, legítimos titulares do poder público e provedores da Soberania do Estado vigente.

Em verdade, se assentou um Estado de Legalidade, no qual todas as condutas dos agentes públicos haviam de priorizar, sobremaneira,

os mandamentos elencados em lei, sejam eles quais forem, visto que a norma materializa a vontade do corpo social.

Cumprir registrar, a influência do pensamento dos teóricos contratualistas no que concerne a valoração de superioridade da lei no Estado Liberal de Direito, consoante se extrai das lições de Jean-Jacque Rousseau, senão veja-se:

Quando afirmo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os súditos coletivamente e as ações como abstratas, nunca um homem como indivíduo nem uma ação particular. Assim, a lei pode perfeitamente estatuir que haverá privilégios, mas não pode concedê-los nomeadamente a ninguém. Pode criar diversas classes de cidadãos, e até especificar as qualidades que darão direitos a essas classes, porém não poderá nomear os que nela serão admitidos. Pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei nem nomear uma família real; numa palavra, toda função que se refere a um objeto individual não está no âmbito do poder legislativo. Partindo dessa idéia, vê-se com clareza que já não é preciso perguntar a quem compete fazer as leis, visto serem atos da vontade geral, nem se o Príncipe este acima da lei, visto ser membro do Estado, nem se a lei pode ser injusta, porquanto ninguém é injusto para consigo mesmo, nem como se é livre e ao mesmo tempo submisso às leis, já que estas são mera expressões da nossa vontade.¹

Insta evidenciar, que algumas das garantias processuais de notável diligência nos dias de hoje foram implementadas nesta época, a exemplo do direito de petição, do habeas corpus e do postulado do devido processo legal.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacque. O contrato social (Tradução Antônio Pádua Danesi). São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 47.

Contudo, a reverso do que socialmente se almejava, o pilar do Estado de Direito restou por se desconfigurar eis que passou a legitimar realidades políticas desatadas do Estado de Justiça Social que se pretendia estabelecer.

Malgrado tivesse o Estado de Direito asseverado a necessidade de se garantir a automação da vontade individual, ainda se operavam restrições à participação popular nos atos de governo, haja vista que os resquícios do absolutismo não foram abolidos por completo do sistema. Em verdade, este Estado oportunizou a criação de um Estado-burguês, posto que somente externou os valores políticos e econômicos almejados por esta classe dominante, detentora dos bens de produção e do capital circundante.

Nesse aparato, a realização da política social se processava de forma seletiva, vez que a democratização desencadeada pela burguesia reinante e pelo Estado Liberal não foi apta a diligenciar às classes subvertidas a efetiva participação no império político, visto que não influíam na formação da vontade geral, embaçadora do processo legislativo.

Desta feita, ante o comportamento não intervencionista do Estado da época, passaram a aparecer no seio social ideais de transformação dos padrões tradicionais de indefinição política, mormente pela necessidade de se limitar os poderes conferidos ao legislador, sem, no entanto, abdicar ao corolário da legalidade.

Nesta perspectiva, com fito a corrigir as injustiças sociais oportunizadas pelo modelo liberal, o Estado de Direito assumiu papel ativo como agente intervencionista, passando a compatibilizar o bem-estar coletivo, pautado no ideal de igualdade e justiça social, e o individualismo clássico liberal, ganhando, assim, contornos de um Estado Socialista, o Estado Social de Direito.

Todavia, em que pese se reconheça a importância histórica do Estado Social de Direito na evolução histórica dos direitos fundamentais, este não foi capaz de assegurar, de forma eficaz e igualitária, a

participação popular nos governo instituído, vez que as suas acepções não saíram do plano meramente formal.

Com isso, o Estado Social de Direito se viu impulsionado a implementar outros elementos de organização aptos a consagrar a Justiça Social fustigada, porquanto concedeu novas dimensões às garantias individuais, bem como aos direitos difusos implementados.

Dessa forma, faz surgir outra forma de Estado, chamado o Estado Democrático de Direito, formulado para atender quantitativa e qualitativamente as preocupações sociais nesta seara do direito constitucional.

Da análise detalhada do projeto social que a Constituição da República Federativa do Brasil, percebe-se que o Estado Democrático de Direito brasileiro está alicerçado em princípios como a legitimidade de uma Constituição formal, emanada da vontade da população, garantia e eficácia dos direitos fundamentais, da legalidade, implementação de uma democracia participativa, da igualdade entre os povos, da separação dos poderes, em síntese, de um sistema normativo apto a assegurar segurança jurídica a aqueles que estão sobre sua égide.

Neste contexto, se constituiu um novo paradigma político com fito a assegurar a participação dos cidadãos em todos os procedimentos que culminem em atos do poder público, a exemplo dos atos jurisdicionais, visto que, à medida que o Brasil se democratizou, a atividade administrativa não poderá se afastar dos fins colimados pelo Estado.

2. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

2.1. A Instrumentalidade do Processo

A terceira das três fases metodológicas do sistema processual moderno, intitulada de fase instrumental, foi responsável por um dos

mais expressivos níveis de desenvolvimento do aspecto técnico-dogmático de toda a ciência jurídica.

Com efeito, até idos do século passado, o processo era entendido como mecanismo destinado unicamente a satisfação do direito substancial dos jurisdicionados, restando como meramente adjetivo à recomposição do direito lesado.

Nestes contextos, não existia relação dicotômica entre o direito processual e o direito material litigado, uma vez que o processo era entendido com uma simples agregação de atos ordenados, prescindindo de qualquer autonomia científica.

Era, pois, a fase sincrética do sistema processual, definida pela junção dos elementos da relação jurídica processual a aqueles provenientes do direito material dos litigantes, sem qualquer independência sistemática.

Contudo, ao findar do século XIX, as grandes correntes científicas do direito moderno passaram a clamar pela consagração da ordem processual como ramo autônomo dentro da ciência jurídica.

Neste prisma, esta nova fase passou a alastrar uma consciência processual independente das relações do plano do direito material, o que possibilitou autonomia dos institutos procedimentais como um todo.

Chegou-se, ao final, a aplaudida fase instrumental do processo. Sublinha-se, pois, a grandeza dos conceitos apregoados por esta corrente, haja vista que se possibilitou a implementação de contornos éticos à técnica processual.

Com isso, a ciência processual passou a atingir níveis mais satisfatórios de funcionalidade, uma vez que o sistema jurídico-processual passou a irradiar soluções em conformidade com os valores político-constitucionais consagrados pelo sistema social.

Destarte, foi justamente esta consciência de que o processo produz intervenções significativas nas vidas das pessoas que passou a conduzir os processualistas modernos na busca pelo aprimoramento do sistema jurisdicional, ante sua expressão do valor sublime da justiça.

Com efeito, esta corrente passou a instrumentalizar o processo como mecanismo orientado para adequar, social e politicamente, a sistemática processual ao perfil democrático consagrado pela ordem constitucional brasileira.

Neste contexto, o processo foi rotulado como fonte de equilíbrio de toda a ordem vigente, posto que exerce função fiscalizadora da supremacia da Magna Carta e da constitucionalidade das leis, bem como endereça aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos efetividade decorrente da justiça constitucional.

Inferese-se, que num sistema jurídico marcado pelo publicismo, a sistemática processual tem o dever de se voltar para a realização dos fins colimados pelo Estado, assim com possui obrigação de instituir mecanismos para a participação de todos no destino da vida pública.

Assim, ao observar os marcos traçados pelo Estado para a pacificação da sociedade, promoção dos direitos e garantias individuais ou até mesmo para assegurar a imperatividade do ordenamento dirigente, vislumbra-se que a atividade jurisdicional sempre deverá estar permeada por valores endereçados ao interesse do bem-estar coletivo.

Neste diapasão, o processo, que se consagra como instrumento de acesso à ordem jurídica justa, tem como escopo magno destinação do poder pública à satisfação dos interesses da sociedade.

2.2. Os Escopos da Jurisdição

O processo, enquanto instrumento destinado a personificar um dos fins colimados pelo Estado Moderno, tem como função precípua conferir conteúdo substancial aos objetivos traçados pela sociedade no que pertine a atividade jurisdicional.

A fixação dos escopos do processo é a diligência que visa delimitar suas bases principiológicas, bem como auferir sua utilidade e interação perante as necessidades surgidas no ambiente social. Com isso, os escopos do processo traçam os objetivos e os rumos espera-

dos deste instrumento, bem como definem seus condicionamentos e dimensões para produzir resultados de utilidade significativa para a sociedade.

Consoante já se asseverou, nas correntes do direito tradicional a técnica processual era vista, exclusivamente, como mecanismo a serviço do direito substancial em litígio, com destinação meramente adjetiva. Até a primeira metade deste século, tempos bem recentes, o sistema processual era conceituado, unicamente, como mecanismo com vistas à realização prática da lei e do direito como um todo.

Ausentes às essências de cunho social e político, o exercício da jurisdição era apregoado de forma insuficiente para reger as situações conflitivas em sociedade, porquanto a colocação estritamente jurídica limitava-se, exclusivamente, a conceber o processo como mecanismo técnico a serviço do direito substancial fustigado.

Com efeito, nas perspectivas da última década, a ordem processual passou a assumir posição antagonista a dos dogmas metodológicos até então asseverados, conquistando valorizações éticas, externadas pela solução política e social do litígio.

Salientou-se, a noção de que instauração de um processo representa uma das sínteses dos objetivos do Estado, eis que o bem-estar coletivo se implementa com a efetiva eliminação das insatisfações pessoais e dos fatores de desagregação social. Revela-se, assim, a missão pacificadora do processo, porquanto esta solução adequada dos conflitos é a razão pela qual este se legitima enquanto elemento de estabilização social.

Define-se, como escopo principal deste elemento formal das instituições judiciárias, o fator ordinário privar os cidadãos de fazer o exercício espontâneo da jurisdição, ao passo acautela com presteza os direitos daqueles que se achem envolvidos na contenda.

Nesse liame, garante a estabilidade do próprio Ordenamento Jurídico, conquanto realiza, caso por caso, a vontade do próprio poder

estatal, que se materializa nos regramentos obrigatórios e imperativos da lei, as quais devem desenvolver os objetivos comuns sem transgredir a esfera das liberdades individuais.

Há, dentro desta sistematização dos escopos, a integração necessária de todas as tendências do fenômeno processual contemporâneo, resultando na consciência dos encargos que o processo executa perante à sociedade. Nesta visão, a garantia dos direitos e prerrogativas individuais é destinação específica do Estado Democrático, considerando que o bem comum é a síntese das expectativas sociais, entre as quais está à promoção da justiça, como decorrência lógica do processo.

2.3 O Escopo Social

É cediço, que o processo é composto de sistematizações voltadas a dirimir as insatisfações oriundas do fenômeno social. A jurisdição, vertente de expressão do poder político, se concretiza pela realização de justiça nos casos postos em apreciação. Impende registrar, o papel do processo nos ditames do comportamento humano, uma vez que lhe cabe a função de pacificar, com justiça, os conflitos existentes na dimensão social.

Ressalta-se, que o escopo social do processo se sobressai como fator de efetividade de toda a sistemática processual moderna, eis que compreende a realização consciente da função jurisdicional do Estado.

Neste contexto, esta se concretiza na recomposição adequada da animosidade instaurada, bem como na imposição de direcionamentos obrigatórios para as condutas dos indivíduos.

É de importante relevo registrar, que o pronunciamento judicial somente alcançará os fins colimados pelo escopo social do processo democrático se oportunizar a solução criteriosa e justa da litigiosidade apresentada. Assim, a eficiência da atividade jurisdicional se implementa pela convergência dos princípios de segurança e satisfação

dos indivíduos, eis que a satisfação é missão instrumental e primordial de todo e qualquer processo deflagrado.

Essa tomada de consciência conduz a natureza publicista do direito processual, porquanto condensa os ideais inerentes ao Estado Democrático.

2.4 O Escopo Político

Nos moldes do que dispõem as correntes do direito moderno, o processo é manifestação do poder estatal destinada a pacificar as situações conflitivas em sociedade, mediante a realização de um procedimento justo e satisfativo dos direitos das partes.

Sublinha-se, que este fenômeno se alastrou com a consagração do Estado Democrático de Direito, uma vez que o poder central passou a ter como função basilar a promoção efetiva dos direitos e garantias individuais, entre as quais se encontra o direito à jurisdição responsável.

À medida que se revelou a insuficiência de uma ciência meramente dogmática, a sistemática processual passou a se aproximar das realidades sociais, porquanto o processo passou a não mais ser mero adjetivo do direito litigado, restando por caracterizar um dos fins políticos do Estado, a justiça e bem-estar coletivo.

Surge, destarte, a preocupação por parte deste Estado de Justiça Social de promover uma tutela jurisdicional eficiente, apta a cumprir este objetivo traçado pelo poder público. Assim, o propósito processual passou a se compatibilizar com o resultado finalístico da lei, imprescindível para a consecução dos objetivos políticos do Estado, eis que a imperatividade das decisões reafirma a autoridade e soberania de que este é investido.

Nesse aparato, o perfil democrático da organização social implementa a jurisdição como forma de limitar o exercício arbitrário do poder público, consoante Marco Antônio da Silva revela:

Com a democratização do Estado o processo passa a ser visto como instrumento posto ao cidadão com status de garantia constitucional. Em uma sociedade democrática o processo é visto como um dos modos de atuação política. O processo, dentro do que se tem denominado de democracia participativa, como uma superação da democracia liberal e da democracia sócia, é visto como instrumento de atuação política, como um modo de provocar a atuação do Estado ou particulares para uma efetivação dos objetivos politicamente definidos pela comunidade. A busca seria do acesso a uma ordem jurídica justa e não apenas a possibilidade de acesso ao poder jurisdicional enquanto uma instituição do Estado.²

Nesse diapasão, percebe-se, em advertência final, que a participação democrática dos jurisdicionados no destino da atividade processual é expressamente assegurada pelo perfil adotado na República Federativa do Brasil, o que se complementa, ainda, pelo imperioso dever político de que este ente é investido, o de promover os direitos e garantias individuais, bem como de implementar mecanismos aptos a assegurar a participação popular no destino da vida pública.

2.5 O Escopo Jurídico

O sistema processual, reflexo da estrutura política da nação, possui relevante papel na vida em sociedade. É, neste fenômeno, que se destaca a imprescindibilidade do processo perante a funcionalidade do direito, uma vez que esta atua em favor da vontade do corpo social, materializada na lei.

Aflora, destarte, a postura de que o processo não tutela somente o direito violado, mas sobretudo os jurisdicionados, tendo em vista

2 SILVA, Marco Antônio Marques. Acesso à justiça penal e o Estado democrático de direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p.77.

que instrumentaliza a concretização de seus direitos e garantias fundamentais, consagrados pela Lei Fundamental.

A fidelidade da ordem processual aos direitos e garantias fundamentais das partes é assegurada pela justa composição da lide, ao passo que se deflagra um procedimento apto a satisfazer a vontade concreta do sistema legal. A história das civilizações denota que o corpo social sempre esteve delineado por normas de conduta, as quais desenvolvem o comportamento humano de acordo com os preceitos jurídicos vigentes.

Nesta condição, as normas jurídicas materializadas pelo processo servem como condição essencial para a convivência social, à medida que tem como finalidade a garantia dos valores considerados merecedores de proteção pelo corpo social.

O sistema processual, enquanto complexo necessário à tutela jurisdicional, recebe dos regramentos estatuídos capacidade para dar cumprimento ao que não foi adimplido, voluntariamente, pelo indivíduo.

Há de se considerar, pois, que este mecanismo existe para a preservação da convivência harmônica em sociedade, uma vez que institui o regramento das expectativas humanas como base da ordem jurídica vigente.

Assim, a convergência dos interesses em debate é regulamentado pelo processo aforado, salientando, que se leva em consideração não somente o direito dos interessados e sim de todos os que convergem para o lide, eis que sue escopo se transpõe às necessidades meramente individuais.

Isto posto, resta salutar a compreensão de que o processo é a síntese dos valores constitutivos da sociedade, mormente frente aos regramentos aclamados pelo Estado de Bem-Estar e Justiça Social, ressaltando a sua dependência da realização de justiça. Nesse prisma, a realidade do sistema processual deve sempre valorar em respeito aos direitos subjetivos intangíveis, haja vista que o fenômeno

do direito moderno se apresenta condicionado pelos valores arraigados na sociedade.

É secular a preocupação em conferir maior efetividade à atividade jurisdicional, ante sua importante tarefa na vida social, acalentando e harmonizando as relações intersubjetivas, possibilitando a consagração dos valores humanos sob o crivo do justo e equitativo. Nesse contexto, é que se afirma que a atividade jurisdicional, como instrumento de realização de valores, deve assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos na contenda, mormente porque resultam de um pacto firmado entre o poder soberano e a sociedade.

CONCLUSÃO

É digna de destaque a preocupação dos processualistas modernos em conferir maior celeridade e presteza à atividade jurisdicional, ante o dever supremo que este possui de irradiar soluções em conformidade com os valores político-constitucionais consagrados pelo sistema social.

Registra-se que o caráter publicista do processo encarta a supremacia do diálogo jurídico como mecanismo de edificação de uma ordem jurídica ética e de influência responsável na vida das pessoas. É tarefa dos agentes do poder público, sobretudo dos aplicadores do direito, assegurar que as normas jurídicas se projetem em prol do bem-estar coletivo, eis que o sistema processual se destina a concretizar os fins colimados pelo Estado Democrático de Direito que aqui se consagrou.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. 11^o ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 02 de novembro.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMARA. Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto São José da Costa Rica. Aberto à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22/11/1969, San José de Costa Rica, ratificado pelo Governo do Brasil em 25/09/1992, pelo Decreto-lei nº 678.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Garantias constitucionais do processo civil**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacque. **O contrato social** (Tradução Antônio Pádua Dane-si). São Paulo: Martins Fontes, 1999

SILVA, Marco Antônio Marques. **Acesso à justiça penal e o Estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

O CONCEITO DE SENTENÇA E SUA ABORDAGEM DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

1. INTRODUÇÃO

O homem não pode ser visto como ser individual, cujos atos praticados revelam preocupação exclusivamente com o seu ser sem atentar-se para as consequências num âmbito coletivo. Toda pessoa possui um dever jurídico em relação aos demais indivíduos que compõem a sociedade. Para tanto, caso alguém entre na esfera de direitos de outrem, ocasionando prejuízo deve restituir o dano e, caso isso não ocorra de livre e espontânea vontade, a parte lesada deve se valer dos meios processuais cabíveis para obter a efetivação do direito.

Assim, o processo visa solucionar conflitos e assegurar o direito da parte lesada, que objetiva a efetivação do seu direito, por meio da prolação de uma decisão. Ademais, o processo deve observar o princípio do devido processo legal, com produção de provas que possam influenciar no convencimento do juiz, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, o art. 7º do NCPC diz que é assegurado às partes igualdade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais e isonomia dos meios de defesa, sendo responsabilidade do juiz zelar pelo princípio do contraditório. Na mesma linha, o art. 10 do NCPC resguarda o supramencionado princípio.

Desta feita, a todos é garantido um processo com duração razoável, ou seja, a demora na prestação jurisdicional deve ser apenas a necessária para a produção de uma decisão justa, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal e do art. 4º do NCPC. O princípio do devido processo legal assegura uma solução jurisdicional efetiva, um processo tempestivo, com procedimentos adequados, onde todas as partes atuam com lealdade processual.

O novo sistema processual integrou em seu texto, de forma expressa, princípios constitucionais, na busca de dar maior efetividade ao direito. Esse fenômeno é chamado de neoprocessualismo, onde o Direito processual deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal. Nesse sentido, o próprio Código de Ritos reproduz expressamente diversos princípios constitucionais. Como consequência dessa nova vertente, em caso de desrespeito aos princípios constitucionais consagrados no NCPC, a decisão poderá ser atacada não apenas por meio de Recurso Extraordinário, mas também, por Recurso Especial.

Desta forma, a legislação processual deve fornecer os meios hábeis de desburocratização e simplificação do procedimento processual que garantam a celeridade da tramitação e efetivação, num verdadeiro sincretismo processual. Foi nesta tentativa que se concebeu um novo conceito de sentença, levando-se em conta as inovações ocorridas no ano de 2005, através da Lei 11.232. Essas mudanças foram incorporadas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, objetivando tornar a prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo analisar a evolução do conceito de sentença bem como a sua contextualização no novo ordenamento jurídico, para que se encontrem meios mais eficazes de prestação da tutela jurisdicional, tornando-a mais célere, justa e efetiva.

2. PROCESSO

O processo é a relação jurídica entre as partes que serve de instrumento para o exercício do direito de ação, ao tempo que permite ao juiz julgar a lide e resolver o conflito no caso concreto, devendo respeitar os princípios processuais e constitucionais do processo.

Em linhas gerais, o objetivo do processo é a aplicação da lei ao caso concreto a fim de solucionar conflitos existentes. Assim, a prestação da tutela jurisdicional constitui o objetivo principal do processo.

É por meio do processo que o Estado Juiz exerce a prestação da atividade jurisdicional, e, para tanto, deve se valer de regras capazes de tornar esta prestação célere e efetiva. Portanto, a atividade jurisdicional deve ser prestada através dos meios necessários para solucionar a lide da melhor forma possível.

A celeridade processual e a tentativa de desburocratizar o trâmite processual foi uma das grandes preocupações do legislador processual de 2015. A busca por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva é, há tempos, um anseio da sociedade. Segundo o Ministro da Suprema Corte, Luiz Fux, Presidente da Comissão que elaborou o NCPC, em sua obra *Novo Código de Processo Civil Temático*:

Os tempos hodiernos reclamam por uma justiça acessível ao povo, que conceda ao cidadão uma resposta justa e tempestiva, apta a nutrir o respeito que o órgão que a presta – o Poder Judiciário – e a credibilidade necessária diante da cláusula pétria constitucional da inafastabilidade da jurisdição. (FUX, 2015, p. 09-10)

Todos possuem o direito fundamental a uma prestação jurisdicional com duração razoável. Esta garantia determina que os meios utilizados garantam um prazo razoável para se chegar a uma solução justa e efetiva da causa. Nesse sentido, o art. 4º do CPC de 2015 reza que: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução

integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” A novidade legislativa com relação a esse dispositivo foi trazer de forma expressa a duração razoável da atividade executiva, ou seja, o NCPC traz expressamente além da razoabilidade temporal do processo de conhecimento (já contemplado no texto anterior), a razoabilidade temporal para satisfação daquilo que foi decidido na sentença.

Contudo, adverte Daniel Assumpção (2016, p. 142-143):

[...] a celeridade nem sempre é possível, como também nem sempre é saudável para a qualidade da prestação jurisdicional. Não se deve confundir duração razoável do processo com celeridade do procedimento. O legislador não pode sacrificar direitos fundamentais das partes visando somente a obtenção de celeridade processual, sob pena de criar situações ilegais e extremamente injustas. É natural que a excessiva demora gere um sentimento de frustração em todos os que trabalham com o processo civil, fazendo com que o valor celeridade tenha atualmente posição de destaque. Essa preocupação com a demora excessiva do processo é excelente, desde que se note que, a depender do caso concreto, a celeridade prejudicará direitos fundamentais das partes, bem como poderá sacrificar a qualidade do resultado da prestação jurisdicional. Demandas mais complexas exigem mais atividades dos advogados, mais estudos dos juízes e, bem por isso, tendem naturalmente a ser mais demoradas, sem que com isso se possa imaginar ofensa ao princípio constitucional ora analisado.

Ademais, o art. 6º do NCPC consagra o princípio da cooperação, regulando expressamente que os sujeitos do processo deverão cooperar entre si para que se obtenha uma decisão judicial efetiva, justa e com duração razoável. Dessa forma, as partes devem atuar de acordo com a boa-fé processual. Esse princípio também deve ser respeitado pelos serventuários da justiça, sob pena de sofrerem as penalidades legais.

São exemplos de institutos trazidos pelo CPC de 2015 que visam a celeridade processual: a tutela da evidência, prevista no art. 311 do NCPC, a qual consiste em conceder tutela antecipada independentemente da demonstração do periculum in mora; e o instituto do julgamento antecipado parcial de mérito, regulado no art. 356 do NCPC, permitindo que o juiz decida parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso, ou estiver em condições de imediato julgamento (cognição exauriente). Assim, verifica-se que, apesar de todos os percalços, a busca por uma prestação jurisdicional efetiva, e, com uma duração temporal razoável é patente, sendo inegável os esforços legislativos para criar mecanismos que possam cumprir o mister constitucional.

Em suma, a concepção adotada pelo Novo Código de Processo Civil foi no sentido de que o processo deve ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição Federal e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.

Nesse sentido, inclusive, a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, explicita a forte adoção do Neoprocessualismo ao estabelecer que:

1. A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “as avessas”.

Destarte, o processo se inicia por iniciativa da parte (art. 2º NCPC), já que a função jurisdicional é inerte, não podendo se formar de ofício pelo juiz. Nos moldes do art. 312 do CPC de 2015, considera-se

proposta a ação quando a petição inicial for protocolada. Em seguida, deve-se proceder à citação válida do réu. Ademais, vale ressaltar que, a propositura da ação só produzirá efeitos para o autor, já que, para o réu, os efeitos só se observam quando da citação válida. Ainda, nos termos do Art. 240 do NCPC, a citação válida induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor.

3. SENTENÇA: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SENTENÇA

De acordo com o Código de Processo Civil de 1973 a sentença era considerada “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo”. Este conceito era adotado a partir dos efeitos que eram produzidos com a prolação da sentença, qual seja, extinção do procedimento no primeiro grau de jurisdição. Com a edição da Lei 11.232/2005, ocorreram mudanças significativas no conceito de sentença, o qual passou a ser definido a partir de seu conteúdo, englobando as matérias previstas nos arts. 267 e 269 do CPC/73.

Em verdade, com as inovações introduzidas pela Lei 11.232/2005, a sentença deixa de ser considerada o termo que põe fim ao processo, passando a ser considerada como o ato que implica uma das situações de extinção do processo com ou sem resolução de mérito.

A mudança do conceito de sentença era criticada por alguns autores como, por exemplo, Fredie Didier e Humberto Theodoro Júnior, já que este antigo conceito de sentença definia a sentença pelo seu conteúdo, que deveria estar enquadrado nas hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC de 1973. Ocorre que, existiam decisões com o conteúdo destes artigos que não encerravam o procedimento, como por exemplo: I) a decisão que indeferia parcialmente a petição inicial ou II) a decisão que reconhecia a decadência de um dos pedidos cumulados. A constatação de que a sentença se definia pelo seu conteúdo era uma das grandes preocupações do ilustre autor Fredie Didier. Já dizia o autor: “o conteúdo que se diz próprio de sentença não lhe é exclu-

sivo, pois, como visto, pode estar relacionado a uma decisão que não encerra o procedimento - e, portanto, não pode ser sentença [...]”. (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 284)

No mesmo sentido, expõe Theodoro Junior (2016, p. 249) que:

O novo Código andou bem em explicitar que a sentença coloca “fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”, corrigindo uma impropriedade ocorrida na lei anterior, que induzia ao entendimento de que toda a decisão que tivesse como conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 ou 269 (CPC/1973) seria sentença, o que nem sempre era correto. Não é conteúdo que qualifica a decisão como sentença, mas o fato de ela extinguir ou não o processo ou uma de suas fases. Como se vê, a nova lei foi bastante clara e objetiva na conceituação, o que não ocorria no Código anterior, que se limitava a conceituar sentença de acordo com a matéria decidida pelo juiz (CPC/1973, art. 162, § 1º).

A definição trazida pelo § 1º do art. 162 do CPC de 73 deveria na verdade ser feita por exclusão, não podendo ser considerada como sentença o ato judicial que mensurasse o mérito no transcorrer da fase de conhecimento. Desta feita, as hipóteses descritas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil de 1973 somente considerava sentença o ato judicial que pusesse fim à fase de conhecimento ou quando extinguisse o processo.

Nesse sentido, com a alteração trazida pela Lei 11.232/2005 o conceito de sentença era compreendido como ato que encerrava a fase do procedimento, seja de conhecimento ou de execução, enquadrando-se nas hipóteses dos arts. 267 ou 269 do CPC/73.

Segundo Neves,

Diante da “ameaça” de caos que tal interpretação levaria a praxe forense, a doutrina majoritária continuava a associar a sentença

definitiva ao efeito de extinção do processo ou de alguma fase procedimental, em especial, do processo de conhecimento. Corrente doutrinária afirmava que o ato judicial só seria sentença de mérito quando colocasse fim ao processo ou quando resolvesse por inteiro o objeto da demanda na fase cognitiva. Outra parcela da doutrina defendia conceituação de sentença com a adoção dos critérios do efeito e conteúdo do ato, afirmando que o art. 162, § 1º, do CPC/1973 deveria ser interpretado de forma sistêmica com os §§ 2º e 3º desse mesmo dispositivo legal. Havia uma corrente doutrinária que defendia o entendimento de que a decisão somente poderia ser considerada como sentença se colocasse fim a uma das fases procedimentais dentro da nova realidade do sincretismo processual.

O entendimento que mantinha o efeito como critério de conceituação de mérito, além de grande aceitação doutrinária passou a ser admitido em nossa jurisprudência. Era o prenúncio de que nosso sistema preferia conviver com decisões interlocutórias de mérito do que com sentenças parciais de mérito.

É bem provável que esse entendimento tenha influenciado o legislador de 2015, que no art. 203 do Novo CPC modifica tanto o conceito de sentença quanto de decisão interlocutória. (NEVES, 2016, p. 738-739)

Desta feita, o Novo CPC de 2015, em seu art. 203, § 1º, define o conceito de sentença, mesclando os dois conceitos anteriormente citados, ou seja, leva-se em conta tanto seu conteúdo (encartando uma das opções constantes nos arts. 485 e 487 do NCPC), quanto seu efeito (no caso de por fim ao processo, caso em que, a decisão será atacada pelo recurso de apelação).

3.1. O Conceito de Sentença de Acordo com o CPC de 2015

Conforme acima indicado, o Novo Código de Processo Civil traz mudança significativa no conceito de sentença, que engloba tanto seu conteúdo quanto seus efeitos. Assim, não se pode mais definir a sentença como o ato que põe fim ao processo, mas sim, como o pronunciamento judicial que contém uma das hipóteses dos arts. 485 ou 487 do NCPC – sem resolução e com resolução do mérito, respectivamente – e que poderá ou não extinguir o processo.

Nos dizeres de Fredie Didier (2016, p. 313):

para que seja sentença, é indiferente saber qual o conteúdo do pronunciamento – se ele resolve, ou não, o mérito, por exemplo. Importa saber qual o seu efeito em relação ao procedimento em primeira instância: se põe fim a uma das suas fases, é sentença.

O novo conceito de sentença e o modo pelo qual deve ser realizada a sua execução, buscaram estabelecer meios mais eficazes de se efetivar o direito material em conflito. A finalidade, via de regra, é tornar o processo célere, para que alcance sua total efetividade, em respeito às garantias constitucionais do devido processo legal, da razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação, elencados na Constituição Federal em seu art. 5º, incisos LV e LXXVIII, respectivamente.

Nos dizeres do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, Presidente da Comissão que elaborou o Novo Código de Processo Civil:

A tarefa da criação do novo ordenamento foi árdua, tanto mais que redobrado demonstrava-se o cuidado em não transgredir garantias constitucionais dirigidas ao legislador ordinário, como o contraditório, o devido processo legal, a ampla defesa, os recursos a ela inerentes, dentre outros.

A cultura ultrapassada do formalismo foi enfrentada mediante a adoção de uma série de soluções, como a preponderância da questão de forma sobre a questão de fundo, a possibilidade de adoção de um procedimento das partes, a conciliação *initio litis* e a eliminação da duplicação dos processos principal e cautelar com a tutela provisória de urgência ou da evidência inaugurando uma única relação processual. (FUX, 2015, p. 16)

Ao analisar o conceito de sentença do NCPC, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 739), descreve que “fica clara a opção do legislador em criar um conceito híbrido, que considera tanto o conteúdo como o efeito da decisão para qualificá-la como sentença”.

Outrossim, o legislador de 2015 definiu de forma expressa o conceito de sentença no §1º do Art. 203 e, quanto às decisões interlocutórias, optou por um conceito residual, definindo-a como sendo qualquer pronunciamento decisório que não seja sentença. Vejamos:

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º. Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º. Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

Ao tratar do tema, Fredie Didier (2016, p. 313) diz que “a ressalva do § 1º do art. 203 teve por objetivo chamar atenção de que alguns processos que tramitam sob rito especial estão divididos em mais de uma fase.” E, mais adiante, relata que:

Sucedendo que, o processo que tramita sob o procedimento comum também pode desdobrar-se em mais de uma fase. Se, por exemplo, a sentença que encerra a fase cognitiva impõe um dever de prestação (pagar, dar, fazer ou não fazer), a satisfação do crédito será buscada numa nova fase processual – a fase executiva. Outro exemplo: se a sentença que encerra a fase cognitiva é ilíquida, uma nova fase cognitiva deve ser iniciada para buscar a sua liquidação.

Não há, pois, mais de um conceito de sentença no CPC. Sentença, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, é o pronunciamento do juízo singular que encerra uma fase do processo, seja ela cognitiva ou executiva. Haverá tantas sentenças quantas sejam as fases do procedimento que se encerra.

(...)

Afora isso, nem toda sentença extingue o processo. Basta que contra ela se interponha recurso e o processo terá continuidade. Ou, em se tratando de sentença que impõe um dever de prestação, basta que se deflagre a fase de execução. (DIDIER JUNIOR, 2016 p. 314)

O novo ordenamento processual regula que a decisão interlocutória passa a ter como conteúdo tanto questões incidentais quanto de mérito. Temos como exemplo, a decisão do juiz que rejeita a prescrição, a qual, apesar de ser decisão de mérito (uma vez que seu conteúdo está previsto no art. 487 do NCPC), não é sentença, porque não põe fim ao processo. Assim também ocorre com o julgamento antecipado parcial do mérito, que é decisão de mérito, mas não põe fim ao processo.

Leciona Gustavo Procópio Bandeira de Melo que :

Com relação ao § 2º, decisão interlocutória é todo o pronunciamento judicial de conteúdo decisório que, por exclusão, não

se enquadre no conceito de sentença. Por conseguinte, o Novo Código desvincula a decisão interlocutória da ideia de provimento que resolve questão incidente.

O NCPC atribuiu grande importância às decisões interlocutórias ao optar pela disciplina das decisões parciais definitivas no curso do processo. Aliando-se, assim, “ao entendimento da jurisprudência quanto a existência das decisões interlocutórias de mérito. (...)” (MELO, 2016, p. 282)

Nos dizeres de Fredie Didier:

Sendo assim, tem-se que sentença é o pronunciamento pelo qual o juiz, analisando ou não o mérito da causa, põe fim a uma fase (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância; já decisão interlocutória é o pronunciamento pelo qual o juiz resolve questão sem pôr fim ao procedimento em primeira instância ou a qualquer de suas etapas. (DIDIER JUNIOR, 2016, pag. 314, 315)

Com efeito, a sentença hoje não mais é considerada apenas o ato pelo qual põe fim ao processo. Desde as inovações trazidas pelo legislador no ano de 2005, as quais foram referendadas pelo NCPC de 2015, o conceito de sentença tem uma nova conotação, mais ampla e consentânea com o moderno ordenamento jurídico. Atualmente, a atividade do juiz não acaba quando prolata a sentença, pois, o processo pode continuar a fim de que se proceda à fase de execução no bojo do próprio processo de conhecimento. Ademais, quando a parte interpõe recurso contra a sentença, o processo continua existindo até que se tenha a decisão em definitivo e o processo transite em julgado, para só então tornar-se imutável pela coisa julgada.

Enfim, as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico processual que alteraram o conceito de sentença e a sistemática da execu-

ção, objetivaram tornar o processo mais célere e efetivo, desburocratizando o procedimento e a forma de concretizar o direito em questão.

3.2. Sentenças terminativas e sentenças definitivas

Levando-se em consideração a resolução do mérito, as sentenças são divididas em sentenças terminativas, as quais não resolvem o mérito, de acordo com o art. 485 do NCPC, e sentenças definitivas que resolvem o mérito (hipóteses do art. 487 do NCPC).

Nos moldes do art. 485, inciso I, do NCPC o juiz não resolverá o mérito da ação – e portanto a decisão não fará coisa julgada material – quando indeferir a petição inicial. Acertou o legislador de 2015 ao descrever este inciso, pois a única hipótese de indeferimento da petição inicial que resolvia o mérito no CPC de 1973 era em caso de constatação da prescrição e decadência, que no Código atual passa a ser causa de julgamento liminar de improcedência.

Já os incisos II e III, do art. 485, trazem hipóteses de abandono da causa, quando o processo ficar parado durante mais de um ano por desídia das partes ou quando o autor abandonar a causa por mais de 30 dias. Em consonância com o art. 10 do NCPC, o § 1º do art. 485 prevê que a parte negligente deve ser intimada pessoalmente para se manifestar no prazo de cinco dias, condição esta indispensável para a extinção do processo. Ainda, segundo a Súmula 240 do STJ e, nos termos do art. 485, § 6º, no caso de abandono da causa deve haver anuência do réu para extinguir a ação, se já houver contestação.

Algumas hipóteses de extinção sem mérito podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, elencadas nos incisos IV, V, VI e IX do art. 485, quais sejam: ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; existência de preempção, litispendência ou coisa julgada; ausência de legitimidade ou interesse processual; e, em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal. Nesses casos, deve-se observar

a regra contida no art. 10 do NCPC, dando ciência às partes para se manifestarem, antes que a ação seja extinta.

Na hipótese do inciso VII, do art. 485, ocorrerá a extinção do processo sem resolução do mérito, sempre que, verificado a existência de compromisso arbitral, o juiz arbitral reconhecer sua competência. Neste caso, o próprio árbitro analisa se é competente ou não para julgar a causa.

Por sua vez, o inciso VIII traz hipótese de desistência da ação. Nesse caso, nos moldes do art. 485, § 4º, após oferecida contestação, o autor só poderá desistir da ação com o consentimento do réu.

Ainda, nos moldes do § 7º do art. 485, oferecida apelação em face da decisão baseada em qualquer das hipóteses do referido artigo, o juiz terá o prazo de cinco dias para se retratar.

Cabe ressaltar que o novo Código de Ritos, em seus arts. 139, IX e 488, consagra o princípio do interesse no conhecimento do mérito, devendo o juiz determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais. Assim, de acordo com o art. 488 do NCPC, quando possível, o juiz resolverá o mérito “sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento, nos termos do art. 485”.

Outrossim, outra inovação trazida pelo CPC de 2015 foi a possibilidade de repropor a ação, nas hipóteses de extinção sem mérito previstos nos incisos I, IV, VI e VII do art. 485 do CPC, desde que corrigido o vício e realizado o pagamento das custas, nos termos do art. 486 do NCPC. Porém, nos casos previstos no inciso V do art. 485 (reconhecimento de preempção, litispendência ou coisa julgada), não será possível a repropositura da ação, diante do próprio efeito da decisão anteriormente proferida.

Em relação às sentenças terminativas, o art. 487 do CPC de 2015 elenca as hipóteses em que ocorre resolução do mérito: I - acolher ou rejeitar o pedido; II - decidir sobre ocorrência de prescrição e decadência e III - homologar o reconhecimento da procedência do pedido, a transação e a renúncia à pretensão formulada na ação.

Por fim, outra grande inovação trazida pelo NCPC foi o instituto da confusão, hipótese na qual, autor e réu se confundem no direito, que deixa de ser causa de extinção sem mérito, como anteriormente previsto no CPC/73.

3.3 Modificação da sentença pelo juiz sentenciante

Segundo o art. 494 do NCPC, o juiz só poderá alterar a sentença, depois de publicada, em três situações: para corrigir inexatidões materiais, para retificar erros de cálculo e, nos julgamentos dos embargos de declaração. Segundo Cássio Scarpinella Bueno (2016, p. 394), trata-se do princípio da invariabilidade da sentença.

Alguns doutrinadores como Daniel Assumpção fazem críticas ferrenhas ao art. 494 do NCPC. Segundo o autor:

Acredito que o legislador tenha se esquecido de importante hipótese na qual se permite ao juiz prolator da sentença, mesmo após sua publicação modificá-la de forma substancial e a omissão torna-se ainda mais grave no Novo CPC ao serem ampliadas significativamente as hipóteses em que será cabível o juízo de retratação na apelação. Se no CPC/1973 apenas nas apelações interpostas contra sentença liminar era possível o juízo de retratação (arts. 285-A, § 1º, e 296), regra mantida pelo Novo CPC (arts. 331, caput, e 332, § 3º), o novo diploma legal passa a admitir em seu art. 485, § 7º, o juízo de retratação na apelação interposta contra qualquer sentença terminativa. (...) Nesse sentido, o art. 494 do Novo CPC deveria ter mais um inciso contemplando essas outras hipóteses de exercício de juízo de retratação na apelação. (NEVES, 2016, p. 773-774)

3.4 Elementos e fundamentação da Sentença

Os elementos da sentença são as partes que devem compor a sentença, do ponto de vista formal, sob pena de invalidade. Estão previstos no art. 489 do NCPC e consistem em relatório, fundamentação e dispositivo. Sobrelevo que a nova redação do referido artigo corrige uma antiga impropriedade prevista no antigo art. 458 do CPC/73, o qual, erroneamente, elencava os “elementos” acima indicados como se fossem “requisitos” da sentença.

Acerca da apresentação dos elementos da sentença, conclui Daniel Assumpção:

Ainda que o art. 489 do Novo CPC estabeleça uma ordem entre os diferentes elementos da sentença, não existe nenhuma irregularidade na sentença proferida com a inversão dessa ordem. Por uma questão lógica, entretanto, a ordem legal deve ser seguida, considerando-se que o relatório descreve o processo, a fundamentação demonstra as justificativas da decisão e o dispositivo é a conclusão decisória do raciocínio desenvolvido na fundamentação. (NEVES, 2016, p. 762)

Outrossim, em que pese os elementos da sentença permaneçam os mesmos, importa consignar a previsão contida no § 1º do art. 489 do NCPC, que disciplina situações em que não se consideram fundamentadas as decisões. Tem-se como exemplo: a decisão que reproduza ou se limite a parafrasear ato normativo; quando for empregado conceito jurídico indeterminado sem explicar o motivo de incidência no caso concreto; decisões padronizadas para casos diferentes; inaplicabilidade de precedente sem distinção ou superação, entre outros.

Acerca da referida novidade introduzida expressamente no novo CPC, aduz Cássio Scarpinella Bueno:

Enorme novidade é trazida pelo CPC de 2015 no § 1º do dispositivo, que quer concretizar a exigência do art. 93, IX, da CF, e, no plano codificado, o art. 11. O interessante é que lá não se diz o que uma decisão – e, de resto, qualquer outra decisão jurisdicional como impõe expressamente o dispositivo – precisa conter para se considerar fundamentada. Descreve-se o que se considera uma decisão não fundamentada. (BUENO, 2016, p. 391).

Nessa planura, entende-se que a necessidade de se fundamentar as decisões judiciais objetiva o combate às sentenças genéricas, que se limitam ao enfrentamento de apenas parte dos temas alegados pelas partes.

Por fim, sobreleva-se que uma decisão fundamentada também pode ser uma decisão sucinta. Neste particular, interessante o Enunciado 10 da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: “a fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.”

3.5 Situação fática no momento da prolação da sentença e o princípio do contraditório (Art. 493, § 1º e Art. 10 do NCPC)

Nos termos do art. 493 do novel diploma processual civil, caberá ao juiz, no momento da prolação da decisão, considerar de ofício, ou a requerimento da parte, fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, que possa influenciar no julgamento do mérito da causa, mesmo depois da propositura da ação. Segundo o § 1º do mesmo dispositivo legal, caso o juiz constate de ofício o fato novo, deverá ouvir as partes antes de decidir a causa, dando-lhes oportunidade de manifestação.

Saliento que a norma contida no § 1º do referido artigo, coaduna-se com a nova principiologia estabelecida no novo CPC, em especial com a regra prevista no seu art. 10, que relaciona-se com o princípio do contraditório: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Com efeito, resta inconcebível na moderna disciplina legal que sejam proferidas decisões capaz de surpreender as partes, ou seja, sem a observância do princípio do contraditório, em especial, naquelas em que o magistrado só possa conhecer mediante alegação das partes, e, até mesmo, naquelas relacionadas às matérias de ordem pública e aos fatos secundários levados ao processo pelo próprio magistrado.

Assim, sintetiza Daniel Assumpção que

como a surpresa das partes deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, parece que mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício o juiz deve intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão. (NEVES, 2016, p. 118)

E mais adiante, o mesmo autor tece crítica sobre a aplicabilidade pelos magistrados, do referido art. 10 do NCPC, no sentido de que o dispositivo, apesar de sua clareza, não terá vida fácil nas mãos da magistratura nacional, em razão de contrariar uma premissa não reconhecida pelos juízes de que quando eles decidem de ofício estão sempre certos, e por isso não precisariam ouvir previamente as partes, que em nada contribuirão na formação de um convencimento já formado.

Outrossim, mesmo nas hipóteses reguladas pelo art. 332 do NCPC (causas que dispensam a fase instrutória – julgamento liminar), em razão do art. 10 NCPC, o juiz, antes de julgar a improcedência liminar do pedido, deve intimar a parte para que tenha a oportunidade de

provar que seu caso não se aplica a nenhuma das hipóteses contidas nos incisos do referido art. 332.

3.6 Recurso cabível em razão do novo conceito de sentença

O novo conceito de sentença não alterou a sistemática recursal. Neste sentido, todas as sentenças, quer encerrem o processo, quer não encerrem, continuam sujeitas ao recurso de apelação. Dessa forma, o recurso de apelação continua sendo o meio hábil para impugnar as sentenças com ou sem resolução do mérito, e, o agravo de instrumento o recurso cabível contra decisões interlocutórias.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo a análise da nova sistemática do conceito de sentença e das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

Neste particular, importante constatar que a evolução dessa nova sistemática introduzida pelo NCPC, em especial no que se refere ao conceito de sentença, bem como a própria satisfação do direito, já de muito vem se percebendo no ordenamento jurídico pátrio, principalmente com o advento da Lei 11.232/2005, que trouxe inúmeras modificações nesse sentido. Todas essas inovações legislativas que culminaram com a edição do Novo Código de Processo Civil, se deram na tentativa de estabelecer meios mais eficazes de prestação da tutela jurisdicional, tornando o processo mais célere e menos burocrático, para dar à parte o direito a uma razoável duração processual que permita a efetivação do direito. Com isso, o processo torna-se sincrético e dotado de instrumentalidade.

Referidas mudanças encontram respaldo na constitucionalização do direito processual civil. É o chamado Neoprocessualismo, que teve início na metade do século XX e, até os dias atuais busca dar maior

efetividade à teoria dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição, dando-lhe cada vez mais eficácia. Nesse sentido, o Novo CPC de 2015 incorporou em seu bojo expressamente princípios fundamentais constitucionais, na tentativa de dar maior celeridade à prestação jurisdicional. Assim, ao aplicador do Direito moderno, caberá precipuamente a análise do direito processual baseado nas normas constitucionais, em plena harmonia com os direitos fundamentais.

Neste particular, acertadamente, o NCPC, no afã de proporcionar às partes a plena satisfação de seus direitos, com observância de prazo razoável e, julgamento efetivo, ressurgem com novos institutos, a exemplo do novo enquadramento das decisões judiciais, aí englobando sentença e decisão interlocutória, visando simplificar a tramitação processual a fim de garantir a razoável duração temporal tanto da fase de conhecimento quanto da fase satisfativa.

Em verdade, o legislador pátrio conferiu uma nova formatação ao conceito de sentença, rompendo com uma definição que perdurava por décadas na legislação processual civil. A sentença deixa de ser o ato que põe fim ao processo para configurar uma das hipóteses descritas nos artigos 485 e 487 do Novo Código de Processo Civil de 2015, podendo resolver ou não o mérito da causa. Ou seja, a nova concepção do conceito de sentença mescla, para a sua caracterização, tanto os efeitos produzidos, como o seu conteúdo.

Sobreleva-se, também, que paralelo à evolução do conceito de sentença, o NCPC incluiu mecanismos de garantias às partes, objetivando a prolação de decisões que obedeçam os princípios constitucionais. Nesse sentido, prevê de forma expressa em seu art. 4º o princípio da duração razoável da execução e não apenas da fase de conhecimento. Assim também, os arts. 7º e 10 regulam os princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, não podendo o juiz decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar.

Por tudo isso, a reforma processual introduzida pelo Novo Código de Processo Civil, alterou o processo moderno, desburocratizando-o. A nova sistemática tornou o processo de conhecimento e executivo mais sincrético, ao alterar o conceito de sentença e fixar a sua execução como fase do próprio processo de conhecimento.

Sem sombra de dúvida essa é a tendência do legislador contemporâneo que almeja mudanças com o objetivo de tornar a prestação jurisdicional mais célere, justa e efetiva, em consonância com a garantia fundamental do devido processo legal, da efetividade e da duração razoável do processo. Nesse sentido, inclusive, caminhou nosso legislador com a edição do novo CPC.

É bem verdade que essa nova sistemática processual não conseguirá solucionar por completo os entraves do ordenamento jurídico processual brasileiro, contudo, a nova concepção traçada é a semente de uma nova perspectiva preocupada com a busca constante de uma prestação jurisdicional efetiva, que prima pelo respeito aos direitos e garantias já consagrados na Constituição Federal, sendo inegável os esforços legislativos para criar mecanismos que possam cumprir o mister constitucional.

Em suma, a concepção adotada pelo Novo Código de Processo Civil foi no sentido de que o processo deve ser compreendido à luz da Constituição Federal e em respeito aos princípios fundamentais, na busca de uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016. 02. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 02. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Podivm, 2016. 12. Ed. 2 v.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2011. 1 v.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Podivm, 2011. 6. Ed. 2 v.

FUX, Luiz. **Novo Código de Processo Civil Temático**. São Paulo: Mackenzie, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. In. ALVIN, Angélica Arruda... [et al.]. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 02. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2 v.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 08. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 20. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 230p.

VADE MECUM **Acadêmico de Direito Rideel**. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO

1. INTRODUÇÃO

Pelo presente trabalho procurar-se-á realizar uma análise minuciosa acerca do princípio da não culpabilidade, princípio este que possui previsão expressa no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, em contrapartida à atual posição adotada pela Corte Suprema no bojo do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, quando, contrariando jurisprudência própria (HC 84.078-7/MG), julgou no sentido de permitir a execução provisória da pena aplicada ao indivíduo condenado em segunda instância, apesar da não concretização do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A questão, objeto de inúmeras discussões acadêmicas, deve ser objeto de ampla discussão, tendo em vista o fato de que a pena privativa de liberdade, medida extrema e excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, somente deverá ser aplicada quando não mais restar dúvidas do cometimento da infração penal pelo imputado, bem como, após o trânsito em julgado da pena, conforme previsão constitucional supracitada.

Porém, em decisão recente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, houve mudança no entendimento ora adotado por esta Corte Suprema como acima informado, posição esta que aparentemente

parecia concretizada e em acordo com o atual arcabouço jurídico. Dessa forma, importa analisar o novo posicionamento adotado já que as consequências atingem de forma direta o direito fundamental à liberdade.

Importa salientar, ainda, que apesar de a recente decisão adotada pelo STF não possuir efeitos abstrato e vinculante, tem servido como fundamento para a permissão da execução provisória da penal condenatória não transitada em julgado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido, diante da patente afronta ao princípio ora estudado, vem à tona a análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, ADC n.º 43 de autoria do Partido Ecológico Nacional – PEN, e ADC n.º 44 de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, ambas contendo pedido liminar para que seja reconhecida a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que será debatido mais adiante, e que fosse afastada a possibilidade de execução provisória da pena não transitada em julgado. Nestas, a Suprema Corte acabou por corroborar a posição adotada no âmbito do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, permitindo o início da execução da pena após a condenação em segunda instância, negando as liminares das referidas Ações Declaratórias.

Não só em razão de atingir de forma direta o direito fundamental à liberdade, mas também pelo simples fato de que decisões tomadas pelos Tribunais de 2º grau, que ainda não sofreram o trânsito em julgado possam permitir a execução provisória da pena condenatória, apesar de ainda possuir o apenado direito a recorrer de tal decisão, bem como haver a possibilidade da aplicação de medidas cautelares menos severas no bojo do processo até que a sentença condenatória transite em julgado, e por fim, a possibilidade de haver modificação do julgado nas instâncias superiores, o que causaria ao apenado um verdadeiro constrangimento diante da execução de parte da pena, apesar de ter a seu favor um acórdão absolutório.

Ao longo do presente trabalho será realizado um amplo estudo acerca do princípio da não culpabilidade e sua posição no ordenamento jurídico, bem como uma análise sistêmica deste princípio e a possibilidade da execução provisória da pena confirmada pelo Tribunal de segunda instância, mas não transitada em julgado.

Para isso utilizaremos como fonte de pesquisa a jurisprudência, a doutrina e estudos sobre a matéria, que, apesar de discutido de forma reiterada, não perde seu ineditismo, já que pode atingir de forma direta a liberdade do cidadão, medida esta extrema e excepcional, que somente será tomada quando da certeza absoluta de seu cabimento. Este o entendimento adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

2. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

2.1 Histórico e previsão legal

Reza o princípio da não culpabilidade, ou da presunção da inocência conforme parte da doutrina, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Esta é a definição trazida pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LVII.

Há de se dizer, ainda, que somente na atual Constituição Federal o princípio ora sob estudo foi trazido de forma expressa em seu texto legal. Antes disso, o princípio encontrava-se implícito no ordenamento jurídico brasileiro, decorrendo do princípio do devido processo legal.

No entanto, no âmbito do direito internacional este princípio fora consagrado de forma expressa já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, a qual proclamava em seu art. 9º que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. Depois, foi expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em

seu artigo XI, 1, que dispõe: *“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”*.

Já a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, diz: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*.

Fazendo um paralelo com o conceito trazido pela Constituição Federal de 1988, nota-se que o texto constitucional trouxe uma garantia ainda maior ao direito da não culpabilidade, pois o garante até o trânsito em julgado da sentença penal, e não apenas até quando se comprove a culpa do acusado, como posto na Declaração Universal e no Pacto de San José da Costa Rica.

2.2 Definição

Como dito anteriormente, o princípio da não culpabilidade possui previsão expressa em Pactos e Convenções Internacionais, bem como na própria Constituição Federal de 1988. Porém, quanto ao seu conceito o constituinte originário achou por bem ampliar o alcance do referido princípio, a fim de garantir de forma ampla a garantia à liberdade do indivíduo.

Dessa forma, o conceito ora expresso no texto constitucional informa que pelo princípio da não culpabilidade ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em pormenores, conforme lição do Professor Renato Brasileiro de Lima:

Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido

processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2016, p. 44)

Analisando-se os conceitos trazidos pela Constituição Federal e pelos Diplomas Legais internacionais, verifica-se que além de o princípio possuir uma maior amplitude no ordenamento pátrio, também possui nomenclatura diversa da informada pelo Direito Comparado. A Constituição Federal fala em considerar culpado, diferente da previsão constante diplomas internacionais que citam a presunção de inocência.

Daí surge para parte da doutrina uma distinção entre as expressões presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Quanto a esta questão partilho do entendimento doutrinário de que não haveria distinção entre as expressões, este o entendimento de Badaró, ao afirmar que “não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas” (BADARÓ apud LIMA, 2016, p. 44).

Segundo as lições do supracitado mestre, do princípio ora em comento derivam duas regras fundamentais, quais sejam: a regra probatória e a regra de tratamento. Em apartada síntese, vejamos do que se trata tais regras.

Pela regra probatória entende-se que a parte acusadora tem o dever de comprovar a culpabilidade do acusado, não deixando margem para dúvida, pois, em caso de não haver certeza da culpa do acusado não deverá o juiz incriminá-lo. Este é o chamado *in dubio pro reo*. Já quanto a regra de tratamento explica o professor Renato Brasileiro:

Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao

denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado. (LIMA, 2016, p. 47)

É também em decorrência desta regra de tratamento a impossibilidade de prisões processuais automáticas ou obrigatórias, vejamos a lição do supracitado mestre:

Portanto, por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu. (LIMA, 2016, p. 48)

Da análise do conceito do princípio da não culpabilidade e das regras decorrentes do princípio, chega-se ao ponto central do presente trabalho, qual seja, a análise da possibilidade da execução provisória da pena não transitada em julgado em contrapartida ao recente entendimento da Suprema Corte.

3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO E O RECENTE ENTENDIMENTO DO STF

Conforme já dito acima, até pouco tempo encontrava-se pacificado o entendimento segundo o qual somente a partir do trânsito em julgado da pena condenatória seria dado início à execução da pena. Este entendimento se coadunava ao disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Ratificando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.078-7/MG, consolidou a tese de que era inconstitucional a execução antecipada da pena, tendo por base além do supracitado princípio constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, ainda, disposições expressas da Lei de Execução Penal. Neste diploma legal, nos artigos 105 e 106, que tratam sobre a execução da pena privativa de liberdade, bem como no artigo 147, que trata sobre a execução da pena restritiva de direitos, há exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória para que se dê início ao cumprimento da pena, vejamos a ementa do referido julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (HC 84.078/MG – PLENO – EROS GRAU – DJ 05/02/2009)

Naquela oportunidade o Ministro Relator, Eros Grau, deixou claro que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. *In casu*, quando presentes os requisitos constantes dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Alguns anos após, quando do julgamento do HC 126.292/SP, mais precisamente em 17 de fevereiro de 2016, o Pretório Excelso decidiu ser possível a execução provisória da pena após julgamento, em grau de recurso no segundo grau, que confirme a condenação do apelante, mesmo que em andamento outros recursos para graus Superiores. Uma grande reviravolta diante da posição até então consolidada pela Suprema Corte.

Nesta oportunidade restou decidido, por 7 votos a 4, pela possibilidade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Analisando detidamente o voto do Relator,

Ministro Teori Zavascki, verifica-se dentre outros, os seguintes fundamentos:

(...) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (...) é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. (...) os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.” (HC 126.292/SP – PLENO – TEORI ZAVASCKI – DJ 17/02/2016)

No teor de seu voto o Relator traz ainda informações do direito comparado ao relatar que em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. Ainda, informa que permitir o não cumprimento da pena até o trânsito em julgado acaba por possibilitar o manejo de sucessivos recursos pela defesa visando a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, pois sabemos que um simples recurso pode demorar anos para ser julgado nas cortes superiores.

Por fim, quanto ao argumento de que existe a possibilidade de haver alteração do acórdão condenatório nas instâncias superiores, o que causaria grande constrangimento ao apenado que teve a perda de sua liberdade de locomoção indevidamente, o Ministro informa que existem instrumentos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo a execução provisória da pena, se necessário, a exemplo de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário e ao Recurso Especial, e o próprio Habeas Corpus.

Em suma, foi por meio do entendimento acima exposto que a maioria dos Ministros do STF seguiram o voto do Relator, possibilitando, assim, neste caso, a execução provisória da pena não transitada em julgado.

Em sentido contrário ao ora exposto voto do relator Teori Zavasscki, votaram os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Para Celso de Mello:

(...) O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem de preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular. (HC 126.292/SP – PLENO – CELSO DE MELLO – DJ 17/02/2016)

Daí extrai-se que o nosso ordenamento jurídico prezou pela excepcionalidade da pena privativa de liberdade enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, colocando à disposição dos magistrados e Tribunais a possibilidade de decretar medidas cautelares

diversas da prisão, que darão efetividade ao processo enquanto pendentes recursos para a defesa.

Dessa forma, o Código de Processo Penal prevê em seu Título IX, artigos 311 e seguintes a aplicação da prisão preventiva, da prisão domiciliar, bem como de outras medidas cautelares diversas da prisão. Medidas estas que somente poderão ser aplicadas quando presentes os requisitos previstos em lei, e que darão, por conseguinte, efetividade ao processo pendente de julgamento.

Em outro trecho de seu voto, o ministro Celso de Mello informa o seguinte:

(...) qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso país, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (HC 126.292/SP – PLENO – CELSO DE MELLO–DJ 17/02/2016)

Neste ponto o Ministro está a referir-se às disposições legais já citadas neste trabalho, constantes da Lei de Execuções Penais. Neste diploma legal, nos artigos 105 e 147, há previsão expressa da necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para que se dê início à execução da pena condenatória privativa de liberdade ou restritiva de direitos, respectivamente.

Nesse diapasão podemos citar, em complemento, o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 12.403 de 2011, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária compe-

tente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. “ (Grifo nosso)

Referido dispositivo legal, como dito inicialmente, hoje é objeto de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade com pedido liminar. Nestas, pretende-se que seja assentada sua constitucionalidade em face do previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Em voto proferido em sede de liminar no âmbito da ADC n.º 43, ao se manifestar acerca do princípio da não culpabilidade, com previsão expressa no texto constitucional, o ilustre Ministro Marco Aurélio afirma o seguinte:

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender” (ADC N.º 43 - MARCO AURÉLIO - 1º/09/2016)

Quanto à interpretação do referido dispositivo constitucional, informa o seguinte:

Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania. (...).

Ao final, votou pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal bem como pela suspensão da execução provisória

de réu cuja culpa esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça, bem assim a libertação daqueles presos com alicerce em fundamentação diversa.

Analisando detidamente os votos supracitados, seja no âmbito do HC 126.292/SP, seja no âmbito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44, partilhamos do entendimento de que deve prevalecer a interpretação literal do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, bem como uma interpretação sistêmica das disposições legais infraconstitucionais anteriormente citadas, ante os argumentos trazidos pelo Ministro Teori Zavascki e seguido pela maioria do Pleno do STF.

Qualquer argumento contrário ao disposto nos supracitados dispositivos legais configura um grave atentado ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao buscar paralelos na legislação estrangeira devemos não as tomar como regras a serem aplicadas no nosso ordenamento, mas por inspiração para rever o nosso próprio ordenamento e coaduná-lo à atual conjectura social.

Este o entendimento que deve prevalecer. No nosso sistema jurídico, positivado que o é, devemos interpretar as normas jurídicas conforme a Lei Maior, qual seja, a Constituição Federal.

Dessa forma, a conclusão a que se deve chegar é a de que somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória seria possível dar início à execução da pena. Antes disso, presentes os requisitos necessários, o legislador colocou à disposição a aplicação de medidas cautelares, tanto privativas de liberdade quanto diversas da prisão, que darão efetividade ao processo pendente de julgamento.

4. CONCLUSÃO

Pelo presente artigo buscou-se trazer à tona o estudo de um princípio de ordem constitucional, qual seja, o princípio da não culpabilidade, ou da presunção da inocência segundo parte da doutrina. Ape-

sar de amplamente discutido desde a promulgação da Constituição Cidadã, por ter trazido de forma expressa em seu texto legal, o tema apresentou novos contornos, que necessitam a atenção não somente dos operadores do direito, mas da população em geral.

Isto em razão do novo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena não transitada em julgado. Desde 17 de fevereiro de 2016 o Supremo alterou o entendimento consolidado quando do julgamento do HC n.º 84.078/MG, que havia declarado inconstitucional a execução provisória da pena não transitada em julgado, confirmando em sede de liminar a posição adotada no âmbito do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, permitindo o início da execução da pena após a condenação em segunda instância, negando as liminares Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44.

Assim, diante da importância do tema ora apresentado, posto que atinge de forma direta o direito à liberdade, direito fundamental, achamos por bem discorrer acerca do novo entendimento adotado pelo STF.

Inicialmente foi realizada uma exposição acerca do princípio da não culpabilidade, o qual possui previsão constitucional expressa, primeiro quanto à sua origem histórica, segundo quanto ao seu posicionamento no ordenamento jurídico pátrio.

Depois, trouxemos à baila a alteração no posicionamento do Pretório Excelso, que possuía posição concretizada no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória da pena não transitada em julgado, no entanto, no julgamento do HC n.º 126.292/SP alterou seu entendimento, por maioria de votos, permitindo, então o início da execução da pena apesar de sua recorribilidade.

A partir dos dados colhidos chegamos à conclusão que não deve prosperar o entendimento ora adotado pelo Supremo Tribunal Federal, seja porque afronta diretamente o princípio constitucional da não culpabilidade, seja pela afronta a dispositivos legais infraconsti-

tucionais que não dão espaço a outra interpretação senão a de que a execução da pena somente pode ter seu início a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para os que adotam a tese hoje tomada pelo Supremo Tribunal Federal não haveria outra saída senão a alteração das previsões legais presentes no nosso ordenamento jurídico, diga-se, no entanto, se possível, já que o princípio da não culpabilidade está inserido no rol dos direitos e garantias individuais.

Alternativamente, haveria de ter relevante alteração nas possibilidades recursais hoje a dispor de ambas as partes, seja a defesa ou a acusação, e seu alcance às instâncias superiores. No entanto, este papel deve ser adotado no âmbito do Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário por meio de seu ativismo judicial.

Dessa forma, reafirmo a necessidade de se discutir o presente tema, apesar de amplamente discutido, pois patente de modificação do entendimento jurisprudencial, o que ensejará consequências diretas ao direito à liberdade do indiciado com sentença penal condenatória não transitada em julgado em que não estejam presentes os requisitos permitidores da aplicação de medida cautelar privativa de liberdade.

REFERÊNCIAS

Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 31/08/2016;

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 31/08/2016;

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 31/08/2016;

Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 31/08/2016;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4 ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

REVERSÃO JURISPRUDENCIAL PELA VIA LEGISLATIVA: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4983/CE

1. INTRODUÇÃO

Após o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4983, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamenta a atividade da vaquejada, deu-se início a diversas manifestações populares em apoio à prática desta manifestação cultural.

Diversos são os clamores sociais, em especial advindos da Região Nordeste, para que o legislativo edite norma regulamentando esta atividade, o que, em tese, possibilitaria o retorno de sua prática.

Nesse panorama, ganhou especial relevo o Projeto de Lei nº 377/2016, em trâmite no Congresso Nacional, cujo objeto consiste em regulamentar, em nível nacional, a atividade da vaquejada.

Contudo, diante do atual posicionamento adotado Tribunal Constitucional brasileiro, poderá o Legislativo atuar para promover uma superação legislativa da jurisprudência?

Da referida indagação, exsurge a utilidade do presente estudo, que busca realizar análise crítica acerca deste fenômeno e a possibilidade de sua utilização para modificar o atual entendimento do Supremo.

Conforme será demonstrado, não obstante o STF admita a possibilidade do Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, editar normas contrárias ao entendimento mantido pelo Guardião da Constituição, a utilização desta forma de ativismo congressional possui limites os quais devem ser observados pelo legislador, sob pena de restar infrutífera a tentativa de modificação do entendimento jurisprudencial.

Ademais, o presente tema apresenta um vultoso valor social, uma vez que a proibição da prática da vaquejada, além de tolher o exercício de uma manifestação cultural, ensejou a interrupção da contratação de diversos profissionais que trabalhavam, de forma exclusiva, na atividade, o que acentuará o problema do desemprego, hodiernamente vivenciado pelo Brasil, com índices cada vez maiores.

No intento de cumprir a finalidade proposta ao presente estudo, sempre buscando elucidar os pontos controvertidos inerentes ao tema, foram utilizados recursos tais como livros especializados, *internet*, pesquisa jurisprudencial e legislação correlata. Aplicou-se, igualmente, o método dedutivo e analítico-sintético, analisando o caso prático ao lume das teorias aqui desenvolvidas, a fim de que o presente artigo seja de grande valia, tanto no ambiente acadêmico, quanto no auxílio dos aplicadores do direito na resolução de possíveis lides que abordem a temática aqui proposta.

Por fim, cabe ressaltar que a abordagem do tema em análise ocorrerá, inicialmente, com o estudo de conceitos basilares à perfeita compreensão da discussão aqui proposta, razão pela qual, em um primeiro momento, é tratado acerca da hierarquia das normas no Direito Brasileiro, seguida de breves noções atinentes ao Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Dando continuidade ao desenvolvimento deste artigo, passa-se ao estudo dos efeitos e eficácia subjetiva das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, esgotados os tópicos iniciais, parte-se para o aprofundamento do tema principal,

passando-se a abordar acerca da reversão jurisprudencial por reação legislativa.

In fine, é realizada uma análise da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4983/CE, e a possibilidade de superação legislativa.

2. HIERARQUIA DAS NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO.

Diversas passagens da Constituição Federal de 1988 remontam à ideia de um escalonamento normativo no âmbito do Ordenamento Jurídico brasileiro, funcionando, esta, como alicerce e fundamento de validade de todo o sistema.

A referida conclusão se extrai, por exemplo, da previsão contida no artigo 60 da Constituição, onde se prevê regras estabelecendo um procedimento solene de alteração do seu texto.

Da referida norma, infere-se que, quanto à estabilidade, a Bíblia Política brasileira é classificada como rígida, pois suas normas são passíveis de modificação tão somente após a observância de um procedimento diferenciado, que se apresenta mais rigoroso, comparando-se com o adotado para elaboração das demais normas.

Não bastasse a forma diferenciada de modificação, o Constituinte Originário previu, ainda, formas de controle dos demais atos normativos, onde se perquire a adequação destes em relação à Lei Maior.

Tais exemplos são expressões do princípio da supremacia da Constituição que, ao lume dos ensinamentos perfilhados por José Afonso da Silva¹, *verbis*:

[...] significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e

1 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47 e 49.

na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (destaques contidos no original)

Tratando ainda sobre o tema, o referido autor aduz que, do princípio em análise:

[...] resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores². (grifos mantidos do texto original)

Pois bem. Conforme exposto acima, resta evidente o posicionamento de destaque da Constituição Federal, que serve como “pedra fundamental” do ordenamento jurídico, regulando, como já fora dito, a forma de elaboração das demais normas. Contudo, resta promover uma análise acerca da existência, ou não, de hierarquia entre as regras produzidas pelo Poder Constituinte Originário e as decorrentes de Emendas Constitucionais.

Acerca da referida discussão, partindo do entendimento mantido por Michel Temer, Marcelo Novelino³ ensina, em sua obra, que:

2 SILVA, José Afonso da. *Op cit.* p. 47 e 49.

3 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed.. rec. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013. p. 329 e 330.

[...] em regra, não há hierarquia entre normas postas pelo constituinte originário e as feitas por emenda. Todavia, para manter a coerência com os critérios adotados, entendemos necessário fazer uma ressalva em relação às normas da Constituição que estabelecem a *forma de elaboração* e o *conteúdo* de outras normas constitucionais. Se uma *emenda* à *Constituição*, mesmo após ter sido promulgada, pode ser invalidada no caso de violação das limitações *materiais, formais, e circunstanciais*, de acordo com os critérios propostos as normas que estabelecem (CF, art. 60) estão acima daquelas cujo conteúdo e forma lhes são subordinados. Como decorrência desta subordinação jurídica, qualquer norma elaborada por emenda, que venha a violar as limitações impostas, poderá ser objeto de controle de constitucionalidade e ter a sua invalidade declarada.

Neste diapasão, verificada a não observância das limitações impostas pela Lei Maior, incide, como regra, a teoria da nulidade absoluta⁴, sendo, a norma, ineficaz desde o início.

Para reconhecer esta nulidade, a Constituição Federal confere esta competência a qualquer juiz ou Tribunal, por meio do controle difuso (cujos efeitos incidirão apenas no caso concreto), bem como ao Supremo Tribunal Federal que poderá declarar a inconstitucionalidade *in abstracto* de uma norma, impedindo que esta continue produzindo efeitos (controle concentrado de constitucionalidade).

Para desenvolvimento do estudo aqui proposto, interessa, tão somente, tecer comentários relativos ao Controle Concentrado de Constitucionalidade, promovido pela Corte guardiã da Constituição, o que se fará no tópico a seguir.

4 Sendo premente destacar a atual tendência de relativização desta teoria, como forma de prestigiar os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, não se tecendo maiores detalhes neste artigo diante de seu precípuo escopo.

3. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE (BREVES NOÇÕES)

A nomenclatura desta espécie de controle de constitucionalidade remonta à previsão da Constituição Federal que concentra em apenas um Tribunal a competência para processar e julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, alínea “a”, da CF/88).

No âmbito do Ordenamento Jurídico brasileiro, o Controle Concentrado de Constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma abstrata, ou seja, independente da existência, ou não, de lide ou até mesmo de lesão concreta a direito subjetivo, atendendo-se, apenas, ao conflito verificado entre a norma impugnada (conforme aludido acima, de âmbito federal ou estadual) e o parâmetro constitucional.

No que tange à sua origem história, Marcelo Novelino⁵ destaca, *litteratim*:

O controle concentrado de constitucionalidade surgiu na Constituição da Áustria de 1920, fruto da criação intelectual de Hans KELSEN (sistema austríaco). Por ser a principal modalidade de controle adotada pelos países da Europa, costuma ser identificada também como *sistema europeu*. No direito brasileiro, a Emenda Constitucional 16/1965 foi a responsável por introduzir o controle concentrado na Constituição de 1946.

Com esquete no que leciona Pedro Lenza⁶, a espécie de controle em estudo é verificada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea “a”, da CF/88), Ação Declaratória de Cons-

5 NOVELINO, Marcelo. *Op cit.* p. 387.

6 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. e.d. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 342.

titucionalidade (art. 102, inciso I, alínea “a”, da CF/88), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º, da CF/88), Ação Declaratória de Constitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º, da CF/88), bem como na Representação Interventiva (art. 36, inciso III, c/c art. 34, VII, ambos da CF/88).

A legitimidade ativa dos mecanismos de Controle Concentrado acima citados encontra-se prevista no art. 103, da Lei Suprema brasileira onde se indica: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A doutrina divide tais legitimados em duas espécies, a saber: universais e especiais. Os primeiros, não necessitam comprovar pertinência temática, o que não ocorre em relação aos especiais.

Consoante aduzido pelo Ministro Celso de Mello, em voto proferido na Medida Cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1096, a pertinência temática diz respeito a um “[...] nexos de afinidade entre os objetivos institucionais da entidade que ajuíza a ação direta e o conteúdo material da norma por ela impugnada nessa sede processual”⁷.

No que se refere ao procedimento a ser adotado nos mecanismos de Controle Concentrado de Constitucionalidade, a Lei nº 9.868/1999 regulamenta o rito a ser observado na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Preceito Fundamental.

7 BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1096. Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 16/03/1995. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1593684>>.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Representação Interventiva (Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva), suas respectivas regulamentações encontram-se nas Leis nº 12.063/2009 e 12.562/2011.

Pois bem. Apresentadas as acepções gerais acerca desta forma de controle de constitucionalidade, tem-se por premente promover um aprofundamento acerca dos efeitos e eficácia subjetiva da decisão proferida em seu âmbito, como forma de apresentar as temáticas necessárias ao completo entendimento do estudo proposto neste trabalho.

4. EFEITOS E EFICÁCIA SUBJETIVA DAS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Ab initio, impende fazer menção ao que preconiza o §2º, do art. 102, da CF/1988, *ipsis litteris*:

Art. 102. [...]

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Destaque-se, por oportuno, que, em relação à Arguição de Preceito Fundamental, o efeito acima disposto está previsto no art. 10, §3º, da Lei nº 9.882/1999.

Destarte, na hipótese de alguma pessoa ou órgãos que estejam vinculados à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal desrespeitarem o seu teor, o interessado poderá fustigar este ato

diretamente à Corte Guardiã da Constituição, utilizando-se da reclamação, consoante previsto no art. 102, inciso I, alínea “I”, da CF/88.

Neste diapasão, a eficácia subjetiva das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; vinculam particulares, o Poder Executivo, bem como o Judiciário (considerando os demais juízes e Tribunais).

Dito isto, resta a indagação pertinente à vinculação, ou não, da Suprema Corte e do Poder Legislativo ao *decisum* proferido em sede de controle concentrado. Os julgamentos futuros e a função típica de legislar deste último Poder estariam comprometidos?

Sobre estes questionamentos, cabe maior divagação, diante da imprescindibilidade de sua compreensão para a discussão do tema central aqui proposto.

No que tange à dimensão subjetiva do efeito vinculante, concernente à possibilidade, ou não, da decisão proferida em sede de controle abstrato vincular o próprio Supremo Tribunal Federal, ao menos no que se refere aos julgamentos monocráticos, parece inexistir maiores divergências quanto a necessidade de observar o entendimento firmado, sobretudo porque o artigo 97, da CF/88 exige que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (conhecida como Cláusula de Reserva de Plenário).

O citado efeito vinculante não se observa, contudo, em relação ao Plenário do Supremo. Verifique-se, por oportuno, que a redação do §2º, do art. 102, da CF determina a produção de eficácia contra todos e efeito vinculante, “[...] relativamente aos **demais órgãos** do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (negritou-se).

Corroborando com o posicionamento aqui defendido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁸ lecionam, *in verbis*:

A fórmula adotada pela EC n. 3/93, e repetida pela Lei n. 9.868/99, parece excluir também o STF do âmbito de aplicação do efeito vinculante. A expressa referência ao efeito vinculante em relação “aos demais órgãos do Poder Judiciário” legitima esse entendimento.

De um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do STF aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional.

Nesta senda, caso o Supremo tenha decidido, em controle abstrato, que determinada lei ou ato normativo é constitucional, a Corte poderá, posteriormente, mudar seu entendimento e decidir que esta mesma norma é inconstitucional, seja em razão de mudanças no cenário jurídico, político, econômico ou social do país, evitando, assim, o engessamento da Constituição Federal.

Com esteio no entendimento mantido na Reclamação nº 4374⁹, cujo Relator fora o Ministro Gilmar Mendes, a mudança de entendimento do STF relativa à constitucionalidade de uma norma, pode ser modificada, inclusive, no julgamento de uma Reclamação Constitucional.

Já em relação ao Poder Legislativo, em sua função típica de legislar, não há falar em vinculação ao entendimento firmado pelo STF no controle abstrato de constitucionalidade, permitindo, assim, que a

8 MENDES, Gilmar Ferreira; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1393.

9 BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4374/PE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2382733>>.

norma constitucional acompanhe as relevantes modificações na seara jurídica, social, política e econômica.

Desta forma, em tese, o legislador poderá editar nova norma (lei ou emenda constitucional) com o mesmo conteúdo daquilo que foi declarado inconstitucional pelo Supremo.

Nesta hipótese, não se faz possível que qualquer interessado proponha uma reclamação ao Supremo Tribunal Federal requerendo, de pronto, que esta nova norma seja também declarada inconstitucional¹⁰. Ao revés, se faz necessário ingressar com uma nova Ação Declaratória de Inconstitucionalidade para que a Corte promova o exame da lei ou emenda recém editada, oportunidade em que o STF poderá adotar novo posicionamento.

O fato da decisão do STF não vincular o exercício da função típica do Poder Legislativo, dá ensejo ao surgimento da superação legislativa da jurisprudência, se mostrando possível, ao menos em tese, que o Congresso Nacional edite lei ou emenda constitucional em sentido oposto ao que foi decidido pelo Supremo em sede de controle concentrado, é o que passará a ser analisado no tópico a seguir.

5. A REVERSÃO JURISPRUDENCIAL POR REAÇÃO LEGISLATIVA

Partindo-se da linha de argumentação acima proposta, o efeito vinculante da decisão proferida pelo STF em sede de controle abstrato (em especial na ADI e ADC) não incide no Poder Legislativo, em sua função típica de legislar, motivo pelo qual o Congresso Nacional poderá editar norma que contrarie o teor do *decisum* proferido pela Corte.

Consubstanciando-se na doutrina de Pedro Lenza¹¹, o efeito vinculante não incide, outrossim, quando os órgãos do Poder Judiciário

10 BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 13019. Julgado em 19/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4177734>>.

11 LENZA, Pedro. *Op cit.* p. 374.

e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, atuando de forma atípica, expede ato normativo. Como exemplo, o referido autor menciona a hipótese em que o Presidente da República edita medida provisória.

No dizer do Ministro Cezar Peluso (*Apud* Pedro Lenza¹²), conceber a possibilidade de vinculação do Poder Legislativo (em sua função típica) à decisão proferida pelo Supremo, importaria em promover o “inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”.

A este fenômeno dá-se o nome de “reação legislativa” ou “superação legislativa da jurisprudência”.

No direito brasileiro podem ser apontados alguns casos em que o Legislativo, ao editar lei contrariando o entendimento outrora mantido pelo STF, possibilitou que a Corte promovesse uma nova análise do tema, ocasionando uma correção jurisprudencial.

Como exemplo, pode-se mencionar o caso da Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010). Antes de sua edição, o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal possuíam o entendimento consolidado de que não era possível reconhecer a inelegibilidade de candidato sem que houvesse contra ele uma condenação transitada em julgado (fundamentando-se no princípio da presunção de inocência).

Dessarte, o Poder Legislativo editou a Lei Complementar nº135/2010, a fim de superar o entendimento jurisprudencial até então mantido. Ao lume do que preconiza este diploma normativo, é despidendo o trânsito em julgado de decisão condenatória para que o condenado se torne inelegível, bastando que a decisão tenha emanado de órgão colegiado, tais como Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Eleitoral, etc.

Diante desta nova Lei, o STF reviu seu entendimento, reputando como legítima a reação legislativa, declarando, desta feita, a constitu-

12 *Op Cit.* P. 374.

cionalidade da referida norma, bem como a inexistência, neste caso, de violação ao princípio da presunção de inocência¹³.

Sobre o tema, é salutar fazer menção aos ensinamentos de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, mencionados pelo Ministro Luiz Fux, em decisão de sua relatoria (ADI nº 5105/DF¹⁴):

[...] não é salutar atribuir a um único órgão qualquer prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. [...]. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

[...]

As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou

13 BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29/DF, 30/DF e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4578/DF. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 15 e 16/02/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4065372>>.

14 BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 1º/10/2015. Disponibilizado em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>.

debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento.

Nesta mesma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, o Ministro Relator concluiu que, caso a reação legislativa seja advinda de uma emenda constitucional, ter-se-á por inválida apenas quando se verificar violação aos limites previstos no artigo 60 e seus parágrafos, da Constituição Federal. Assim, será declarada a inconstitucionalidade desta emenda somente se for constatada ofensa a uma cláusula pétreia ou violar processo legislativo para a sua edição¹⁵.

De outra banda, na hipótese de reversão jurisprudencial através de lei infraconstitucional, havendo ofensa direta à jurisprudência, presume-se, de forma relativa, a sua inconstitucionalidade, incumbindo ao legislador ordinário demonstrar a necessidade de correção do precedente¹⁶.

Nesse norte, o Congresso Nacional deverá demonstrar que as premissas fáticas e jurídicas que embasaram a decisão do STF não mais persistem, promovendo uma verdadeira hipótese de mutação constitucional através da via legislativa.

Feitos os comentários pertinentes ao fenômeno da reversão jurisprudencial por reação legislativa, será dado início ao estudo de caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983/CE, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que regulamenta a atividade da “vaquejada”.

15 BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 1º/10/2015. Disponibilizado em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>.

16 *Op cit.*

6. ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL QUE REGULAMENTA A ATIVIDADE DA VAQUEJADA E A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA.

A vaquejada é tida como a festa mais popular e tradicional do ciclo do gado, se mostrando como um dos símbolos mais marcantes da cultura do Nordeste¹⁷.

Em uma pista com 120 (cento e vinte) metros de comprimento por 30 (trinta) de largura é demarcada uma faixa onde os bois deverão ser derrubados. Neste espaço, o ponto será válido apenas quando o boi, ao cair, mostrar as quatro patas e se levantar dentro das faixas de classificação¹⁸.

Na competição, dois vaqueiros, cada qual em seu cavalo, perseguem o boi na arena e, após emparelha-lo com o cavalo, o conduzem ao espaço acima especificado para derrubar o animal, puxando-o pelo rabo¹⁹.

Na competição, a dupla de vaqueiros deverá derrubar o boi entre as duas linhas ou faixas que têm 10 (dez) metros entre uma e outra. Cada dupla é constituída de um “vaqueiro esteira” (responsável por ajudar o puxador, alinhando o boi na pista) e um “puxador” (que promove a derrubada do animal, puxando-o pelo rabo)²⁰.

Se o vaqueiro puxador conseguir derrubar o boi entre as faixas, deixando-o, ainda que por alguns instantes, com as quatro patas para cima antes de se levantar, o juiz declara ao público “Valeu boi” e é conferido à dupla seu respectivo ponto. Caso contrário, se o boi caiu, mas suas patas não ficaram para cima, o juiz anuncia “zero”, não sendo conferida pontuação à dupla de vaqueiros²¹.

17 “Tudo sobre vaquejada”. Disponível em: <<http://tudosobrevaquejada.webnode.com.br/historia-da-vaquejada/>>.

18 “Tudo sobre vaquejada”. Disponível em: <<http://tudosobrevaquejada.webnode.com.br/historia-da-vaquejada/>>.

19 *Op cit.*

20 *Op cit.*

21 *Op cit.*

Pois bem. O Estado do Ceará editou a Lei nº 15.299/2013, que promoveu a regulamentação da atividade de vaquejada, fixando critérios para a competição, bem como obrigando os organizadores a adotarem medidas de segurança para os vaqueiros, público e animais.

Discordando com o teor da norma, o Procurador-Geral da República promoveu o ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, aduzindo, em suma, que a prática da vaquejada enseja na promoção de crueldade contra os animais, sendo, tal conduta, vedada pelo artigo 225, §1º, VII, da CF.

Com um placar apertado, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da norma estadual, resultado de uma ponderação de direitos fundamentais (submissão de animais à crueldade *versus* o pleno exercício dos direitos culturais e proteção dessas manifestações pelo Estado). Ou seja, segundo o Supremo, a vaquejada promove a prática de crueldades contra os animais, razão pela qual, mesmo sendo uma atividade cultural, não pode ser permitida.

Em outros julgados envolvendo a ponderação de princípios relativos ao meio ambiente e à manifestação cultural, o Tribunal Constitucional apresentou uma tendência em fazer prevalecer à proteção aos animais vítimas de crueldade em detrimento das manifestações culturais. Foi o que ocorreu, por exemplo, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 153531 (caso “Farra do Boi”) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2514 (que versava sobre a constitucionalidade, ou não, de algumas leis estaduais que regulamentavam as “brigas de galos”).

Após a declaração da inconstitucionalidade da lei cearense, houve a eclosão de diversas manifestações, em sua maioria na região Nordeste (onde a prática da vaquejada é difundida), buscando, assim, promover uma pressão popular para a regulamentação da atividade, em especial através da edição de normas que regulamentem a vaquejada, colidindo, assim, com o entendimento firmado pelo Supremo.

Ganhou destaque, outrossim, o Projeto de Lei nº 377/2016, que visa regulamentar, nacionalmente, a atividade da vaquejada.

Daí surge a indagação pertinente ao presente caso: Cabe a superação legislativa da jurisprudência? A edição de normas infraconstitucionais será capaz de promover uma mutação constitucional pela via legislativa?

Neste ponto, é salutar relembrar os ensinamentos perfilhados pelo Ministro Luiz Fux, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105/DF²²:

À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a *reversão*, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do artigo 60 da Constituição (*i.e.*, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais).

Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de **in**constitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsiste.

22 BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 1º/10/2015. Disponibilizado em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>.

Sendo assim, o projeto de lei federal (nº 377/2016), que busca regulamentar, em nível nacional, a atividade da vaquejada, nasce presumidamente inconstitucional, sendo ônus do legislador promover a demonstração da legitimidade na correção do precedente.

Por outro viés, caso o Congresso Nacional pretenda dar ensejo a uma reação legislativa através da edição de emenda à constituição, não poderá haver ofensa à *clausula pétre*a, bem como ao processo legislativo (artigo 60 e parágrafos, da CF).

Ocorre que, no julgamento da ADI nº 4983/CE o Supremo, ponderando a suposta colisão entre direitos fundamentais, decidiu pela prevalência da proibição de práticas que submetam os animais à crueldade (art. 225, §1º, VIII, da CF/88), em detrimento do exercício dos direitos culturais, das manifestações culturais e da proteção, pelo Estado, das manifestações das culturas populares (art. 215, *caput* e §1º, da CF).

Sendo assim, salvo melhor juízo, parece inexistir, no caso em exame, a possibilidade de superação legislativa da jurisprudência, ressalvada a hipótese de demonstração, pelo Legislador, de que, entre a data de publicação da decisão e a edição da nova norma, decorreram mudanças significativas no cenário, político, econômico, jurídico e social, capaz de embasar a mudança de entendimento.

7. CONCLUSÃO

Consoante se pôde observar, o presente artigo realizou uma análise crítica acerca da superação legislativa da jurisprudência e a possibilidade de sua utilização para modificar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no âmbito da ADI nº 4983, declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que regulamenta a atividade da vaquejada.

Consoante fora debatido, apesar de o STF admitir a possibilidade do Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, editar normas

contrárias ao entendimento mantido pela Corte, a utilização desta forma de ativismo congressional possui limites os quais devem ser observados pelo legislador, sob pena de restar infrutífera a tentativa de modificação do entendimento jurisprudencial.

Na análise da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, foi destacado que o Supremo promoveu uma ponderação entre direitos fundamentais e, apesar de reconhecer a importância da vaquejada como manifestação cultural regional, tal fator não é hábil a tornar a atividade imune aos outros valores constitucionais, em especial à proteção ao meio ambiente.

Sendo assim, uma suposta reação legislativa careceria da demonstração, pelo Congresso Nacional, de que, entre a data de publicação da decisão e a edição da nova norma, decorreram mudanças significativas no cenário, político, econômico, jurídico e social, capaz de embasar a mudança de entendimento, ou, caso a superação decorra de emenda constitucional, caberá ao Constituinte Derivado observar as balizas impostas no art. 60 e seus parágrafos, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Vade mecum acadêmico de direito*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. 2342 p.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1096. Relator: Min. Celso de Melo, Julgado em 16/03/1995. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1593684>>.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4374/PE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2382733>>.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 13019. Julgado em 19/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4177734>>.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29/DF, 30/DF e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4578/DF. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 15 e 16/02/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4065372>>.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 1º/10/2015. Disponibilizado em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. e.d. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed.. rec. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

“Tudo sobre vaquejada”. Disponível em: <<http://tudosobrevaquejada.webnode.com.br/historia-da-vaquejada/>>.

A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AFASTA À INELEGIBILIDADE PREVISTA NA ALÍNEA E, I, ART.1º DA LC Nº 64/90?

1. INTRODUÇÃO

Intimamente relacionada à segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito, as normas referentes à inelegibilidade devem ser interpretadas em consonância com a Constituição Federal, Legislação Eleitoral e Jurisprudencial. É o poder judiciário que restou a incumbência de decidir sobre o atendimento das condições de elegibilidade e inelegibilidade.

Ao interprete cabe perquirir a vontade traçada pela norma fundamental, uma vez que esta se situa no topo da pirâmide legislativa de onde decorre o fundamento de validade de todas as normas que compõem o sistema jurídico. Ocorre que nem sempre as decisões obedecem ao texto maior, o que acarreta uma incompatibilidade vertical com o sistema adotado, gerando decisões conflitantes sobre a mesma matéria.

Na seara eleitoral não é diferente. A cada 04 (quatro) anos acontecem eleições para legitimação do poder dos representantes do povo brasileiro. Nesse processo, há um conjunto de atos que antecedem a realização do pleito, destacando, para fins deste artigo, o registro de candidatos. Neste, a Justiça eleitoral verificará se estão presentes as causas de elegibilidade e ausentes as de inelegibilidade. Uma delas

ganha especial relevo neste trabalho, a inelegibilidade decorrente da condenação pelos crimes previstos na alínea “e”, do inciso I, art. 1.º da LC 64/1990. A partir daqui, indaga-se: os condenados por esses crimes que tiveram suas penas extintas por causas extintivas de punibilidade, como o indulto ou anistia, serão considerados elegíveis?

A solução dessa questão é o objetivo base deste trabalho. Entretanto, antes de apresentar as diversas posições doutrinárias a respeito do assunto, faz-se necessário compreender as construções teóricas que envolvem o tema.

De início, é essencial estudar os institutos relacionados às causas extintivas da punibilidade, bem como seus efeitos no comando condenatório. Cabe, ainda, esclarecer as construções teóricas sobre a estrutura analítica do crime, bem como suas consequências.

2. CONCEITO DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE

Definir o conceito de extinção de punibilidade perpassa por uma análise prévia do conceito analítico de crime. Com efeito, a depender da concepção formadora do delito, chega-se a entendimentos diferentes sobre o efeito desse instituto na composição da infração penal. Nesse sentido, há autores adeptos da estrutura quadripartida do conceito analítico de crime, incluindo, além do fato típico, ilícito e culpável, a punibilidade como quarto elemento constituidor da infração penal. Aderindo a esse pensamento (Muñoz Conde, 2000, pág.5) descreve o delito como “ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível”.

A aplicação de tal raciocínio implica na própria desintegração da infração penal, pois, quando presentes as causas de extinção de punibilidade previstas em lei, necessariamente haverá a própria inexistência do crime porventura praticado. Bem, embora seja possível, em hipóteses excepcionais, a causa de extinção de punibilidade acarretar na própria atipicidade da infração, esta consequência não é normal

na maior parte das hipóteses ensejadoras da perda do direito de punir. Em reforço a essa argumentação, tratando justamente dessa questão, assim manifesta o autor (MASSON, 2015):

A punibilidade consiste, pois, em consequência da infração penal. Não é seu elemento, razão pela qual o crime e a contravenção penal permanecem íntegros com a superveniência de causa extintiva da punibilidade. Desaparece do mundo jurídico somente o poder punitivo estatal: o Estado não pode mais punir, nada obstante a existência concreta e inapagável de um ilícito penal. Em hipóteses excepcionais, entretanto, a extinção da punibilidade elimina a própria infração penal. Esse fenômeno somente é possível com a *abolitio criminis* e com a anistia, pois os seus efeitos possuem força para rescindir inclusive eventual sentença penal condenatória. De fato, a *abolitio criminis* funciona como causa superveniente de extinção da tipicidade, pois a nova lei torna atípico o fato até então incriminado. De seu turno, a anistia, por ficção legal e por força de sua eficácia retroativa, provoca a atipicidade temporária do fato cometido pelo agente, resultando na exclusão da infração penal. Isso se justifica pelo fato de tanto a *abolitio criminis* como a anistia serem veiculadas por meio de lei ordinária, de igual natureza àquela que no passado instituiu o crime ou a contravenção penal. Com efeito, se uma lei criou a infração penal, nada impede sejam os seus efeitos apagados por outra lei de igual hierarquia no universo jurídico.

Constata-se, na ótica do autor, a defesa da excepcionalidade das causas extintivas de punibilidade como substrato apto a afastar o próprio crime, por ele, citadas apenas a *abolitio criminis* e a anistia. Para o Penalista, por serem causas cuja natureza emana de idêntica fonte legislativa daquela que outrora instituiu o tipo penal, não haveria óbice para desconstruir o próprio delito. Nesse passo, fica clara sua

posição quanto à localização da punibilidade em ambiente externo da estrutura do conceito de crime, entendendo mais adequado e coerente com o sistema penal sua alocação como consequência da infração penal. Em posição similar a essa, (BRUNO, 1967, p.196), ao analisar a celeuma, asseverou o seguinte:

Não se pode tomar a pena por momento constitutivo do atuar criminoso, mas ver nela somente a sua consequência jurídica específica. É um dado posterior a existência do crime e exige para manifestar-se que este se tenha inteiramente constituído. Quando se chega ao tempo de aplicar a sanção, é que o crime se acha com o seu conceito total perfeitamente integrado e não será a inaplicabilidade da sanção que poderá reduzi-lo a nada.

Vislumbra-se, por meio dos argumentos elencados, a coerência em considerar a punibilidade como efeito de um ato já formado. Tratar o instituto como elemento estrutural do delito traria muitas inconsistências tanto teórica como práticas. Imagine, a título de exemplo, a violação da norma penal por um indivíduo, o qual foi devidamente condenado em caráter definitivo, porém, em face da inércia estatal, a execução da pena é inviabilizada pela prescrição da pretensão executória. Ora, adotando a teoria quadripartida, o indivíduo violador da norma penal estaria livre de qualquer efeito penal decorrente da condenação, uma vez que tal instituto apagaria o próprio crime.

Sendo assim, o conceito adotado neste artigo, não considerará a punibilidade como componente integrador da infração penal, preferindo-se o entendimento trabalhado pelos autores que a consideram como resultado da configuração do crime, ou seja, decorrência lógica de algo já formado. Com base nessa premissa, define-se o instituto da extinção de punibilidade como a perda por parte do Estado, nas hipóteses abstratamente previstas em lei, do direito de aplicar ou executar

a sanção penal, seja por sua inércia ou desnecessidade, permanecendo incólume a estrutura do crime praticado.

3. EFEITO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Estabelecido o conceito de extinção da punibilidade, é necessário perquirir os efeitos decorrentes do reconhecimento desse instituto. Para isso, vale logo frisar que nem todas as causas extintivas de punibilidade trarão as mesmas consequências, pois, há hipóteses cuja aplicação se dá antes da sanção penal e outras após o decreto condenatório. Dessa maneira, a fim de tornar mais didático, enumeram-se, primeiramente, as causas e os efeitos próprios da fase cognitiva, decorrendo, logo após, sobre as hipóteses típicas da fase executória

Entretanto, saliente-se, desde já, a não pretensão de esgotar todas as causas de extinção, até porque é unânime o entendimento doutrinário no sentido de ser exemplificativo o rol do art.107 do Código Penal, norma que trata das hipóteses extintivas da punibilidade no Ordenamento Jurídico Repressor (CAPEZ, 2015).

É importante trazer, antes de abordar as hipóteses mencionadas no art. 107 do Código Penal, um breve comentário sobre o conceito de coisa julgada. Esta pode ser formal ou material. Didier (2009, pág. 408) conceitua a coisa julgada em seu aspecto formal como a imutabilidade de uma decisão da qual não caiba mais recurso dentro do processo em que foi proferida. Desse modo, a coisa julgada formal gera um fenômeno endoprocessual, vale dizer, obsta a mutabilidade do comando decisório emitido. Frise-se que essa inviabilidade de impugnação da decisão pode ocorrer pelo esgotamento das vias recursais ou pelo transcurso do prazo do recurso cabível.

Por outro lado, a coisa julgada material gera efeitos tanto endoprocessual como também extraprocessual. Neves (2011, p.530) afirma que somente as sentenças de mérito mediante cognição profícua adquirem a estabilidade decorrente da coisa julgada material. Con-

tribuindo com o raciocínio acima, complementa Araújo (2007, p.71) “a coisa julgada material exige concomitantemente a coisa julgada formal, pois algo só se torna indiscutível no ambiente externo se, previamente, o próprio processo já tenha adquirido a qualidade da imutabilidade”. Registre-se que este trabalho se concentrará nas nesta última espécie.

Com efeito, o Código Penal prevê, no art. 107, as seguintes hipóteses de causa extintiva da punibilidade da pretensão punitiva: decadência, preempção, renúncia de queixa ou perdão nos crimes de ação privada, retratação do agente e perdão judicial. Essas causas atuam antes da própria formação da culpa pelo Estado-Juiz, razão pela qual, seus efeitos restringem-se, basicamente, em declarar a perda do direito de punir e, conseqüentemente, impedir o início ou extinguir a continuação da relação processual penal. Com efeito, como não há a definitividade da responsabilidade penal do agente, fato que só ocorre com o trânsito em julgado, essas hipóteses, uma vez aplicadas, eliminam, por completo, todos os efeitos penais de eventual sentença condenatória já proferida. Em igual raciocínio, Nucci (2015):

Quanto ao momento de ocorrência das causas extintivas de punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal, havendo extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença, atinge-se o jus puniendi do Estado, não persistindo qualquer efeito do processo ou da sentença condenatória. Ex.: prescrição da pretensão punitiva, decadência, renúncia.

Por outro lado, com efeitos diametralmente opostos, há as causas incidentes após a formação da culpa do violador da norma penal, ou seja, já existe sentença condenatória em caráter definitivo, acobertada pelo manto da coisa julgada.

Sendo assim, o artigo 107 do Código Penal, como hipóteses atuantes na fase executória, ou seja, após o trânsito em julgado, elenca-se

a graça e o indulto. No entanto, apesar dessas causas serem próprias da fase executiva, o STF e STJ vêm admitindo a concessão do indulto, além de outras causas iminentes deste momento, antes da formação do título executivo. Como substrato teórico dessa afirmação, destaco os seguintes julgados:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO Nº 7.420/2010. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IRRELEVÂNCIA PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO (...). III - Para a análise do pedido de comutação de penas, o magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do Presidente da República (precedentes). IV - O Decreto nº 7.420/10, em seu artigo 5º, I, não exigiu o trânsito em julgado da condenação para que o sentenciado fosse agraciado com o instituto do indulto pleno. (Precedentes do STF). Habeas Corpus não conhecido. Concedo a ordem de ofício para restabelecer a primeira decisão proferida pelo d. Juízo de Primeiro Grau que concedeu a comutação da pena ao paciente, incluído o feito nº 488/10 (9ª execução) conforme estabelecido no decreto presidencial que concedeu o indulto. (STJ - HC: 293889 SP 2014/0104062-3, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 17/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2015).

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE DESERÇÃO. 1. PACIENTE INDULTADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA: SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE NO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO. 2. QUESTÃO RELATIVA À NECESSIDADE DE

PERÍCIA NEUROPSIQUIÁTRICA PARA CONSTATAR A INIMPUTABILIDADE DO PACIENTE. IMPROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. 1. Concessão de indulto antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Não há falar em perda do objeto da presente impetração, uma vez que a tese defensiva poderia levar à absolvição do Paciente e ao prejuízo do indulto. Precedente. 2. Alegada necessidade de realização de perícia neuropsiquiátrica. Instauração de incidente de insanidade mental afastada pelo Superior Tribunal Militar com base nas provas e nos fatos cuidados no processo. Pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não é possível reexame de provas na via do habeas corpus. 3. Ordem denegada. (STF - HC: 105022 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/04/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 06-05-2011).

O importante, doravante, é determinar os efeitos decorrentes do reconhecimento desses dois institutos na pretensão executória. Tratando-se de graça ou indulto total, a consequência é o desaparecimento do efeito principal da condenação, é dizer, da pena. Entrementes, subsistem preservados os efeitos penais secundários, como a inclusão no rol dos culpados e a reincidência. De igual modo, também permanece íntegros os efeitos extrapenais, a exemplo da obrigação de reparar o dano. (AVENA, 2015).

Por fim, existem hipóteses de extinção de punibilidade aplicáveis tanto na fase executória quanto na fase cognitiva, a título exemplificativo: anistia e *abolitio criminis*. Elas não só afeta a pena principal, mas também têm o potencial de atingir os efeitos secundários da pena aplicada pelo Estado-Juiz, ressalvados os efeitos extrapenais. Discorrendo sobre uma dessas causas, assim pronunciou Jesus (2014):

A anistia *opera ex tunc*, i. e., para o passado, apagando o crime, extinguindo a punibilidade e demais consequências de natureza penal (RT, 537:414 e 730:467; RJTJSP, 72:316); 2º) rescinde a sentença penal condenatória irrecorrível. Assim, se o sujeito vier a cometer novo delito, não será considerado reincidente; 3º) não impede a execução da sentença condenatória para efeito da reparação do dano. Ela faz cessar os efeitos penais da sentença condenatória com trânsito em julgado. O efeito civil da obrigação de reparação do dano, entretanto, não desaparece. Diante disso, a sentença pode ser executada (CPP, art. 63). Nesse sentido: RT, 730:467. Vide nota ao art. 91 deste Código.

Nota-se, pelo excerto acima, que tais causas apagam todas as consequências de natureza penal. E isso se dá por questão de política criminal, pois na *abolitio criminis* o fato que outrora era típico, passa-se, tanto no aspecto formal como também no material, a ser atípico. Já no caso de anistia, instituto aplicável principalmente em crimes políticos, entendeu o Legislador, por diversas razões, não imputar efeitos negativos de natureza criminal àquele que é beneficiado com tal instituto.

Feitas tais distinções, para a solução da problemática levantada neste trabalho, é essencial compreender que o indulto e a graça, causas extintivas da punibilidade própria da fase executória, apenas apagam o efeito penal principal, restando inalterado as consequências secundárias decorrentes do decreto condenatório.

4. INELEGIBILIDADE PREVISTA NA ALÍNEA E, I, ART.1º DA LC N 64\90

A inelegibilidade, antes de tudo, é uma medida destinada a defender a democracia contra possíveis abusos. Nasceu inicialmente como medida preventiva, idealizada para impedir principalmente os titulares dos cargos públicos executivos, eletivos ou não, se servissem

de sua influência para serem reconduzidos ao cargo, ou para favorecerem parentes. Para isso, impedia suas candidaturas, assim como a do cônjuge ou parentes, por um período determinado de tempo, conforme previa a Constituição Federal de 1934 (FERREIRA FILHO, 2005, p.116). A título ilustrativo, observe sua redação:

Art. 112 - São inelegíveis: 1) em todo o território da União: a) o Presidente da República, os Governadores, os Interventores nomeados nos casos do art. 12, o Prefeito do Distrito Federal, os Governadores dos Territórios e os Ministros de Estado, até um ano depois de cessadas definitivamente as respectivas funções; b) os Chefes do Ministério Público, os membros do Poder Judiciário, inclusive os das Justiças Eleitoral e Militar, os Ministros do Tribunal de Contas, e os Chefes e Subchefes do Estado Maior do Exército e da Armada; c) os parentes, até o terceiro grau, inclusive os afins, do Presidente da República, até um ano depois de haver este definitivamente deixado o cargo, salvo, para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, se já tiverem exercido o mandato anteriormente ou forem eleitos simultaneamente com o Presidente; d) os que não estiverem alistados eleitores;

Hodiernamente, os autores definem a inelegibilidade como uma restrição a capacidade eleitoral passiva que o impossibilita de disputar o pleito eleitoral. Para entende melhor o conceito, atente-se para as lições do autor Gomes (2016,):

Denomina-se inelegibilidade ou ilegibilidade o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo. Em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer

mandato representativo. Tal impedimento é provocado pela ocorrência de determinados fatos previstos na Constituição ou em lei complementar. Sua incidência embaraça a elegibilidade, esta entendida como o direito subjetivo público de disputar cargo eletivo.

O Doutrinador destaca aspectos importantes ao definir o instituto da inelegibilidade. Primeiro ponto de realce está no fato de ela decorrer da prática de fatos previstos na Constituição Federal ou em Lei Infraconstitucional Complementar. No nosso ordenamento jurídico, tais fatos estão elencados na LC 64/90.

Outra informação relevante é a impossibilidade de o sujeito exercer a capacidade eleitoral passiva, é dizer, a possibilidade de ser votado. Ademais, outro efeito muito bem analisado pelo autor é a aptidão para impedir a elegibilidade, pois está só estará plenamente satisfeita quando ausentes as causas de inelegibilidade. Tal raciocínio também é amparado pelo art. 11, §10, da Lei 9504/97: “As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade”.

As causas de inelegibilidade, conforme abordagem acima, estão previstas tanto na Constituição Federal de 1988 como também na Lei Complementar 64/90. Será abordada, para efeito deste trabalho, apenas a inelegibilidade decorrente da prática de crimes previstos no inciso I, alínea “e”, do art.1º da citada Legislação. Segundo ela, com redação determinada pela LC 135/2010, aquele que for condenado, pelos crimes nela previstos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, fica inelegível desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

Esta Lei, 135/2010, teve sua constitucionalidade questionada perante o STF, o qual concluiu pela sua constitucionalidade. Neste jul-

gado, a maioria dos Ministros do STF entendeu que o termo inicial da inelegibilidade desde a condenação não violaria o princípio da presunção da inocência, pois este postulado refere-se ao campo penal e processual penal, enquanto a inelegibilidade é matéria afeta ao âmbito eleitoral. Não bastasse isso, a Suprema Corte firmou a posição no sentido de não ser possível descontar do período de 8 anos de inelegibilidade o tempo em que a pessoa ficou inelegível entre a condenação e o trânsito em julgado. Para melhor elucidação, destaco parte do trecho do acórdão proferido pelo STF ao analisar o tema:

Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. (STF Plenário. ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, 15 e 16/02/2012, ADC 30/DF, rel. Min. Luiz Fux, 15 e 16/02/2012 e ADI 4578/DF, rel. Min. Luiz Fux, 15 e 16/02/2012). (grifo nosso).

Dessa maneira, resta totalmente aplicável a causa de inelegibilidade em comento, bastando apenas a condenação por órgão colegiado. Ao comentar tal hipótese, o autor Gomes (2016), em obra esclarecedora, discorre sobre o termo *a quo* da inelegibilidade da seguinte maneira:

Na hipótese de condenação por órgão colegiado ficará o réu inelegível no intervalo situado entre a publicação da decisão con-

denatória até o seu trânsito em julgado; a partir deste evento (trânsito em julgado), seus direitos políticos estarão suspensos até o cumprimento ou a extinção da pena; finalmente, ficará inelegível por oito anos após o cumprimento ou a extinção da pena.

Observa-se que o condenado criminalmente terá um longo tempo impedido de disputar as eleições. Uma vez condenado por órgão colegiado, inicia o prazo de sua inelegibilidade até o trânsito em julgado. Mantida a condenação, o sujeito fica com seus direitos políticos suspensos, fato que obsta de igual forma, o sentenciado de participar do processo eleitoral, seja na forma ativa (votar) ou na passiva (ser votado). Cumprida a pena ou extinta a punibilidade, permanecerá inelegível por um prazo ainda de 8 anos. O TSE, no REspe 122-42/CE, também consignou que o prazo de inelegibilidade inicia-se com a publicação da decisão, de maneira que a interposição de embargos de declaração não afasta sua imediata incidência.

É importante salientar, para fins de complementação, que o conceito de inelegibilidade não se confunde com a definição de elegibilidade. Esta é caracterizada quando há adequação plena do indivíduo ao regime jurídico constitucional e ordinário. A Constituição Federal do Brasil, nesse aspecto, elenca uma série de condições a serem preenchidas pelos cidadãos, tais como filiação partidária, domicílio eleitoral na circunscrição, nacionalidade brasileira, entre outras. Em relação à idade, só terá capacidade plena, assim considerada quando o indivíduo pode se candidatar a qualquer cargo, aos 35 anos. Desse modo, pode-se dizer que as condições de elegibilidade são requisitos positivos que o cidadão deve preencher para ser candidato a cargo político, afetando, por consequência, a capacidade eleitoral passiva.

Embora haja diferenças, o momento de aferição das causas de elegibilidade e inelegibilidade acontece quando é feito o registro de candidatura na Justiça Eleitoral. O legislador selecionou o mesmo

momento para aferir as condições positivas e negativas daqueles que pleiteiam disputar um cargo eletivo. Os postulantes que não cumpram determinadas condições de elegibilidade ou estejam submetidos a causas de inelegibilidade terão seus registros de candidaturas indeferidos, salvo se ocorrerem alterações fáticas ou jurídicas que retirem, por si só, os óbices ao registro da candidatura verificados no momento da formalização junto à Justiça Eleitoral. Em distinção lapidar, veja as lições trazidas pelo autor Cerqueira (2012):

Não há que confundir em face de nosso sistema constitucional pressupostos ou condições de elegibilidade e inelegibilidades, embora a ausência de qualquer daqueles ou a incidência de qualquer destas impeça alguém de poder candidatar-se às eleições municipais, estaduais ou federais. Pressupostos de elegibilidade são requisitos que se devem preencher para que se possa concorrer a eleições. Assim, estar no gozo de direitos políticos, ser alistado como eleitor, estar filiado a partido político, ter sido escolhido como candidato no partido a que se acha filiado, haver sido registrado, pela Justiça Eleitoral, como candidato por este partido. Já as inelegibilidades são impedimentos que, se não afastados por quem preenche os pressupostos de elegibilidade, lhe obstam concorrer às eleições ou — se supervenientes ao registro ou se de natureza constitucional — servem de fundamento à impugnação de sua diplomação, se eleito. (...) Portanto, para que alguém possa ser eleito, precisa de preencher pressupostos de elegibilidade (requisito positivo) e não incidir em impedimentos (requisito negativo). Quem não reunir estas duas espécies de requisitos — o positivo (preenchimento de pressupostos) e o negativo (não incidência em impedimentos) — não pode concorrer ao cargo eletivo. Tendo em vista, porém, que o resultado da inoccorrência de qualquer desses dois requisitos é o mesmo — a não elegibilidade — o substantivo inelegibili-

dade (e o mesmo sucede com o adjetivo inelegível) é geralmente empregado para significar tantos os casos de ausência pressupostos de elegibilidade quanto os impedimentos que obstem à elegibilidade.

Fixadas tais premissas, resta saber se a inelegibilidade decorrente de sentença penal condenatória desaparece com o reconhecimento da extinção da pretensão executória. Em outras palavras, é legítima a decisão do magistrado que mantém nos assentos eleitorais o registro da inelegibilidade do sujeito, mesmo quando a pena é extinta? É o que agora será abordado.

5. MANUTENÇÃO DA INELEGIBILIDADE MESMO QUANDO EXTINTA A PENA.

A inelegibilidade, quanto a sua origem, pode ser inata ou decorrente de uma sanção. Aquela se caracteriza por certas situações, *status* ou condição jurídica em que se encontra o cidadão. Trata-se de norma que visa resguardar determinados valores e interesses tidos como essenciais para o funcionamento hígido do sistema eleitoral, preservando a igualdade de condições e evitando abusos no processo de escolha dos candidatos. Tome como exemplo a inelegibilidade decorrente de parentesco com o titular de mandato executivo; a não observância da desincompatibilização de forma tempestiva de agentes públicos e a restrição passiva dos analfabetos. Nesses casos, não há qualquer prática de ato ilícito como fonte de suas inelegibilidades.

Por outro lado, a inelegibilidade decorrente de sanção tem sua origem em ato ilícito. O interesse aqui já foi previamente previsto pelo legislador de forma taxativa, selecionando as condutas aptas a gerar incidência não só no campo penal, mas também no cenário eleitoral. É na inelegibilidade-sanção que este trabalho é focado,

pois aquele que sofre uma condenação penal sofrerá, pelos crimes taxativamente previstos na lei infraconstitucional, a restrição de sua capacidade passiva.

Frise-se que, embora a doutrina seja tranquila quanto à classificação acima exposta, Gomes (2016) destaca que o entendimento do STF é no sentido de que as situações previstas no art.1º da LC nº 64/90 não se tratam de sanção, mas sim de mera adequação do cidadão ao regime jurídico eleitoral. Bem, optando por classificação doutrinária ou jurisprudencial, o certo é que a formação da culpa consubstanciada em título penal, nos moldes aqui abordado, gerará a inelegibilidade.

A Lei Complementar 64/90, com redação determinada pela LC 135/2010, inc. I, alínea “e”, do art.1º, assim preceitua:

São inelegíveis os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: a) contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; b) contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; c) contra o meio ambiente e a saúde pública; d) eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; e) de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; f) de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; g) de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; i) de redução à condição análoga à de escravo; j) contra a vida e a dignidade sexual; e l) praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

O Marco inicial dessa causa se perfaz pelas seguintes decisões, conforme bem explica Gomes (2016):

1. Do trânsito em julgado da decisão condenatória em primeiro grau; 2. Da publicação da sentença penal condenatória emanada do Tribunal do Júri (que é órgão colegiado); 3. Da publicação do acórdão penal condenatório, no âmbito da competência originária do tribunal; 3.2. Do acórdão que reforma a sentença penal absolutória; e, 3.3. Do acórdão que confirma sentença condenatória.

Vê-se que, publicada no Tribunal a decisão condenatória em relação aos crimes previstos na alínea em comento, a partir dela o sentenciado já é inelegível, sendo válida a decisão de juiz eleitoral que indefere o registro da candidatura do pré-candidato. Tal interpretação harmoniza-se com o art. 11, §10º, da Lei das Eleições (Lei nº 9504/1997). Veja:

As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

A intenção do legislador não deixa dúvidas quanto à permanência da inelegibilidade mesmo quando cumprida a pena. A norma é clara, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8(oito) anos após o cumprimento da pena, o sentenciado será inelegível.

A Res. TSE 21.538/2003 (art. 51) também considera válido o lançamento da condição de inelegível quando há condenação criminal hábil, em tese, a atrair a inelegibilidade da alínea “e”, do inciso I, art. 1.º da LC 64/1990. Nesses termos:

Art. 51. Tomando conhecimento de fato ensejador de inelegibilidade ou de suspensão de inscrição por motivo de suspensão de direitos políticos ou de impedimento ao exercício do voto, a autoridade judiciária eleitoral determinará a imediata atualização do cadastro.

Tal raciocínio, *mutatis mutandis*, também é aplicado quando o indivíduo é alcançado por causa extintiva de pena na fase executória, como no caso de graça e indulto. Nesses casos, o seu reconhecimento equivale ao próprio cumprimento de pena, iniciando-se, a partir da concessão do indulto ou da graça, o prazo de oito anos de inelegibilidade prevista na referida Legislação.

Ressalte-se que, com o cumprimento da pena ou a extinção de punibilidade, o sentenciado recobra seus direitos políticos e estará apto a exercê-los, devendo comparecer em todos os atos atinentes a sua participação como cidadão, exemplo claro é o próprio exercício do voto, sob consequência de sofrer sanção pela sua inércia. Entretanto, embora esteja com sua capacidade eleitoral ativa, permanece na íntegra sua inelegibilidade passiva, não podendo ser votado, pois tal condição esbarra na restrição veiculada na Lei da Ficha Limpa.

Esse é o entendimento TSE. Para ilustrar:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. INDEFERIMENTO. REITERAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. A agravante limitou-se a reproduzir as razões ventiladas no recurso especial, não aportando aos autos qualquer argumento capaz de afastar os fundamentos da decisão agravada. Aplicação da Súmula nº 182 do Superior Tribunal de Justiça. 2. A inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC nº 64/90 incide mesmo após o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, a qual afasta apenas a execução da pena, subsistindo os efeitos secundários da decisão condenatória, como é o caso da inelegibilidade (condenação por tráfico de drogas - arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76). 3. A LC nº 64/90 não foi alterada no que tange ao marco inicial para o transcurso da inelegibilidade na hipótese da alínea e do inciso I do art. 1º, razão

pela qual permanece válida a interpretação já firmada por esta Corte no sentido de que o termo inicial será a data em que declarada a extinção da punibilidade. 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nos 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF, declarou a constitucionalidade da LC nº 135/2010 e reconheceu a possibilidade de sua incidência para fatos pretéritos. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (TSE - AgR-REspe: 22783 SP, Relator: Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Data de Julgamento: 23/10/2012, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/10/2012).

Embora o julgado se refira a prescrição da pretensão executória, caracterizada pela inércia estatal em satisfazer a pena aplicada na fase de conhecimento, o TSE tem reiteradamente adotado o mesmo raciocínio para os casos de graça e indulto, institutos próprios dessa fase. Logo, havendo condenação pelos crimes previstos alínea “e”, do inciso I, art. 1.º da LC 64/1990, há inelegibilidade, mesmo que extinta a pena na fase executória.

Diante desse cenário, não há qualquer ilegitimidade da decisão mantenedora da inelegibilidade de cidadãos, quando condenados pelos crimes considerados pela Lei Complementar como aptos a gerar a restrição na capacidade eleitoral passiva, mesmo que extinta a pena pela prescrição, graça ou indulto. No entanto, no tocante a Anistia e *abolitio criminis*, tal entendimento não se mostra razoável.

A anistia, como já relatada, apaga tanto os efeitos penais principais como os secundários. Sua aplicação é justificada por razões de interesse sócio-político de se olvidarem dos fatos por ela abrangidos. É esquecer toda a mancha deixada pelo crime, apagando seu nome do rol dos culpados, eliminando a reincidência e demais aspectos decorrentes da condenação, salvo o dever de indenizar pelo dano causado. O doutrinador Gomes (2016) defende esse entendimento,

afirmando “A subsistência da inelegibilidade é inconciliável com o instituto em apreço. Afinal, a anistia é regra motivada por razões de ordem pública, cuja finalidade é o esquecimento dos fatos em prol da paz social”.

O mesmo raciocínio também deve prevalecer na *abolitio criminis*. A partir do momento em que o legislador passa a não mais considerar crime uma conduta outrora relevante, não há mais substrato teórico para manter qualquer efeito decorrente desse fato, salvo dever de indenizar. Sendo assim, a inelegibilidade é fulminada pelo reconhecimento desse instituto, eis que não há regra legal cominando a restrição passiva do condenado nesse caso.

Pelas razões expostas, é lícita a decisão do juiz eleitoral que indefere pedido de registro de candidatura, mantendo a restrição passiva nos assentamentos eleitorais, mesmo quando a pena venha a ser extinta por causas atinentes à fase executória, tais como o indulto, graça e prescrição. No entanto, em relação aos institutos da Anistia e *abolitio criminis*, é razoável a eliminação da restrição, uma vez que são causas que desintegra a próprio ilícito praticado, seja por razões de política criminal ou interesse social.

6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, procurou-se apresentar soluções seguras para os atuantes da área jurídica quando da análise dos Registros de Candidaturas dos Pré-Candidatos concorrentes ao pleito eleitoral. Especificamente, foi abordada a causa de inelegibilidade decorrente da condenação pelos crimes previstos na alínea “e”, do inciso I, art. 1.º da LC 64/1990, bem como os efeitos do cumprimento da pena sobre essa causa restritiva, abordando as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais mais seguras quanto à temática.

No primeiro momento, buscou-se definir o conceito de extinção de punibilidade, considerando as diversas teorias sobre a sua posição

na estrutura analítica do crime, alocando-a, para efeito deste artigo, fora da composição do crime, posição hodiernamente majoritária.

Estabelecidos os contornos da extinção da punibilidade, delimitaram-se as suas consequências. A depender da fase em que se encontrava o processo, foi visto que o efeito pode impedir ou extinguir a relação processual formada, bem como eliminar os efeitos penais principais da condenação, ressalvado o reconhecimento dos institutos da *abolitio criminis* e anistia, pois estas apagam por completo os efeitos do comando condenatório.

Trabalhada essas premissas, foi essencial a abordagem da inelegibilidade quanto a sua origem. Observou-se que a doutrina dividiu a causa restritiva em inelegibilidade inata, definida como condições inerentes a pessoa, seja por relação de parentesco ou não observância de um requisito da norma legal, e inelegibilidade decorrente de um ato ilícito, que foi objeto de explanação deste artigo.

Em um aspecto prático, buscou-se dar ao intérprete uma orientação segura quando da análise dos pedidos de registro de candidaturas de pré-candidatos condenados criminalmente pelos crimes geradores da inelegibilidade, notadamente em relação àquele que foram afetados por causas extintivas da punibilidade, a exemplo do indulto ou graça.

Nesse ponto, constatou-se que é legítima a decisão do juiz que mantém nos assentos eleitorais a inelegibilidade do beneficiado pelo indulto ou graça, pois é assente na doutrina e jurisprudência que tais institutos não têm a força de desconstituir a inelegibilidade formada, a qual terá seu prazo iniciado após o cumprimento da pena, equiparando-se a esse termo, os institutos da graça ou indulto.

Desse modo, verificou-se que proferida a condenação por um órgão colegiado, o sentenciado tem sua capacidade eleitoral passiva afetada. Após o trânsito em julgado e até o cumprimento da pena, além da capacidade eleitoral passiva, o indivíduo terá afetada sua capacidade eleitoral ativa, pois o decreto condenatório também ge-

ará a suspensão dos direitos políticos. Por fim, após o cumprimento da pena, que abrange as causas extintivas de punibilidade, o condenado reabilita sua condição de cidadão em relação aos aspectos ativos (votar), porém terá mais 8 (oito) anos com a sua capacidade eleitoral passiva restrita, não sendo possível se candidatar para os pleitos eleitorais.

Portanto, este trabalho teve como finalidade contribuir para o desenvolvimento mais seguro da matéria, considerando a problematização levantada no introito deste trabalho. É fundamental perceber através dos embates, dentro de uma análise doutrinária e jurisprudencial, que os elementos se correlacionam e devem ser interpretados e coadunados à luz da Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, 15 e 16/02/2012, ADC 30/DF, rel. Min. Luiz Fux, 15 e 16/02/2012 e ADI 4578/DF, rel. Min. Luiz Fux, 15 e 16/02/2012. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085777/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-29-df-stf> >, Acesso em 24 de outubro de 2016.

AgR-REspe: 22783 SP, Relator: Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Data de Julgamento: 23/10/2012, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/10/2012. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23286164/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-22783-sp-tse>> Acesso em 24 de outubro de 2016.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Coisa Julgada Inconstitucional: Hipóteses de Flexibilização e Procedimentos para Impugnação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2007

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 7ª. Ed, - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Versão Eletrônica.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal- Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2015. Versão Eletrônica.

CERQUEIRA, Thales Tácito. **Direito eleitoral esquematizado**. 2. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 4ªed. Salvador: Juspodivm. 2009.V.2, p.408 – 409

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 136.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**.12. ed. – São Paulo: Atlas, 2016. Versão eletrônica.

HC: 105022 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/04/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 06-05-2011. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18817816/habeas-corpus-hc-105022> >, acesso em 12 de outubro de 2016.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pág. Versão eletrônica.

.MASSON, Cleber **.Direito Penal. Parte Geral** – Vol.1. 9ª.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2015. Versão eletrônica.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva: 2000

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011. p. 530.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** – 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão Eletrônica.

REspe 122-42/CE. Disponível em: < <http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301049234/recurso-contradepedicao-de-diploma> > Acesso em 01 de junho de 2016.

NOÇÕES BÁSICAS E PRÁTICAS SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

1 INTRODUÇÃO

A licitação diz respeito ao procedimento utilizado pela Administração com o intuito de selecionar as propostas mais vantajosas. Sua criação teve por escopo moralizar a conduta dos administradores, os quais, a partir de então, deveriam pautar-se pelos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade quando da aquisição de bens e serviços, por exemplo.

Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988, atendendo ao espírito das normas anteriores, impôs expressamente a obrigatoriedade de licitar aos entes públicos que desejarem contratar.

A Lei Geral de Licitação surgiu, então, para regular tal disposição constitucional, trazendo em seu bojo diversos instrumentos concretizadores dos mencionados princípios, a saber a divulgação prévia das regras do certame através do instrumento convocatório, bem como o sigilo das propostas.

Durante muitos anos, a Lei n. 8.666/93 exerceu, por completo, a normatização quanto à licitação. Nesse período, porém, diversas críticas lhe eram dirigidas, em razão de seu aspecto burocrático e pouco eficiente. Assim, aos poucos, foram instituídas novas modalidades.

A escolha do Brasil para sediar alguns eventos esportivos de participação internacional trouxe mudanças em várias áreas, dentre elas o Direito. A urgente necessidade de desburocratizar e, por conseguinte, acelerar o processo de construção das obras públicas indispensáveis à realização de tais eventos, fez surgir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), o qual, inicialmente, fora destinado apenas a essas hipóteses.

Esse é objeto do presente artigo: analisar as novidades trazidas pela Lei n. 12.462/11 e averiguar de forma crítica as características principais do RDC.

2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Noções introdutórias

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi por algumas vezes objeto de debate no Congresso Nacional. Todavia, apenas quando enviada Mensagem ao Congresso Nacional, submetendo a Medida Provisória n. 527 à apreciação deste, foi o RDC, através de emenda do relator José Guimarães (PT/CE), inserido no bojo daquela para apreciação, fazendo surgir, portanto, o Projeto de Lei de Conversão (PLV) n. 17/2011, o qual restou aprovado nas duas Casas do Poder Legislativo. Após a sanção da Presidente da República, foi transformado na Lei n.12.462/11, instituindo, dentre outras medidas, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Dois marcos históricos foram responsáveis pela criação desse regime. Primeiramente, a confirmação, em 30 de outubro de 2007, por parte do Presidente da *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), *Joseph Blatter*, do Brasil como país-sede da Copa do Mundo em 2014. E, posteriormente, a escolha, na 121ª Sessão do Comitê Olímpico Internacional, em 2 de outubro de 2009, do mesmo modo, pelo Brasil como sede das Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016.

Além desses marcos, inúmeras críticas existiam à atual Lei de Licitações (8.666/93), vez que conhecida por procedimentos burocráticos e incapazes de concretizar, no prazo estipulado, as obras necessárias à realização dos eventos esportivos mencionados. Assim, da junção entre o exíguo prazo existente à época e da necessidade de modernizar a forma de contratação pública surgiu o RDC.

Como relatado acima e conforme texto original da Lei n. 12.462/11, o RDC surgiu para ser aplicado exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações FIFA 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014, bem como das obras de infraestrutura e contratação de serviços em aeroportos próximos às cidades-sede desses eventos esportivos. Porém, essa não é a realidade atual, pois diversas hipóteses de aplicação foram acrescentadas ao texto legal, quais sejam: a) as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); b) as obras e serviços de engenharia na seara do sistema público de ensino; c) as obras e serviços de engenharia dentro do Sistema Único de Saúde (SUS); d) a contratação de obras e serviços de engenharia pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, a fim de modernizar e reformar os aeródromos públicos; e) as obras e serviços de engenharia relacionados à construção, ampliação ou reforma de presídios e unidades de internação de adolescentes infratores; f) as licitações no âmbito da segurança pública; g) as obras e serviços de engenharia relacionadas a melhorias da mobilidade urbana ou ampliação da infraestrutura logística; h) as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação; i) os contratos de locação de bens móveis ou imóveis pela Administração Pública.

Diante desse quadro, perceptível a tentativa do Governo em acabar com a natureza diferenciada do RDC e transformá-lo em um regime geral, revogando, portanto, tácita ou expressamente a Lei n. 8.666/93. Desta maneira, imprescindível compreender seus impactos e características.

2.2 Características principais

2.2.1 A possibilidade de contratação simultânea

A Lei n. 12.462/11, em seu art. 11, prevê a contratação simultânea, isto é, a possibilidade de contratar uma pluralidade de prestadores para a execução concomitante e concorrente do objeto. Tal modelo foi instituído com o objetivo de evitar a descontinuidade em serviços essenciais quando da interrupção de algum contrato e somente poderá ser implementado com a observância de três condições: a ausência de perda de economia de escala, a possibilidade de a execução do objeto contratado ser feita de forma concorrente e simultânea e, por último, a conveniência da Administração Pública em contratar dessa maneira.

Esse modo de contratar não se confunde ao do parcelamento do objeto (estabelecido como uma das diretrizes do RDC no inciso VI do art. 4º de sua Lei instituidora e também já previsto na Lei n. 8.666/93), uma vez que, segundo Mayara Ruski Augusto Sá (2013, p. 57), “enquanto o parcelamento do objeto consiste na divisão das diversas etapas do mesmo objeto entre vários prestadores, a contratação simultânea consiste na prestação de um serviço único e indiviso por vários prestadores”.

Para ser caracterizada a contratação simultânea o objeto contratado deverá ser executado de forma simultânea e concorrente, ou seja, todos os prestadores executarão um único objeto ao mesmo tempo. Além dessas imposições, há também a necessidade de economizar, a qual é pressuposto e objetivo desse modelo. Por vezes, o contrato é firmado com apenas um prestador, a fim de conseguir melhores condições, exemplificando: descontos, flexibilidade na forma de pagamento, dentre outras. Essas vantagens, porém, outrossim, podem ser angariadas quando da contratação plúrima, pois a abertura ao mercado possibilita concorrência, ampliação do número de interessados e, conseqüentemente, menores preços.

Percebe-se, assim, que a lei instituidora do RDC trouxe novo parâmetro para a administração, qual seja, o de angariar melhores condições por meio da contratação simultânea. Desse modo, a administração, a despeito de em qualquer das situações realizar controle individualizado dos contratantes, deverá, utilizando-se da sua conveniência e oportunidade, escolher a melhor forma de contratar, seja de modo plúrimo ou individual.

2.2.2 A publicidade do orçamento estimado

O art. 6º da Lei n. 12.462/11 estabelece que o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, salvo em três hipóteses: quando for adotado o critério de julgamento por maior desconto, por melhor técnica (o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório) e por maior oferta (o preço mínimo de arrematação deverá ser divulgado). E caso a previsão acima de publicação posterior do orçamento não esteja estabelecida no instrumento convocatório, este tornar-se-á sigiloso, sendo apenas disponibilizado para os órgãos de controle externo e interno.

Esse sigilo, todavia, não é absoluto, pois é possível divulgar, anteriormente ao encerramento do procedimento, o detalhamento dos quantitativos e outras informações necessárias à elaboração das propostas.

O procedimento, então, é o seguinte: na fase interna da licitação, o orçamento é elaborado pela Administração, porém não é divulgado junto ao edital de convocação (diferentemente do que ocorre no procedimento da Lei n. 8.666/93), a fim de possibilitar maiores vantagens na contratação, uma vez que os licitantes lançarão suas propostas desconhecendo o orçamento elaborado previamente pela Administração, inibindo, portanto, a superestimação delas.

Essa, sem sombra de dúvidas, é uma das características do RDC mais discutidas pela doutrina e os autores divergem a respeito. Maria

Zanella di Pietro (2014, p. 457-458) defende a utilidade desse procedimento, pois, segundo a autora, a divulgação do orçamento influencia os licitantes no momento da apresentação das propostas, podendo resultar danos para a Administração.

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 301), por sua vez, entende que, apesar de o legislador considerar que com a adoção do sigilo do orçamento evitar-se-ia superfaturamento das obras e serviços; há o risco de, em razão do frequente conluio existente entre grandes sociedades empresariais e agentes da Administração, o efeito ser oposto.

Além das críticas doutrinárias, tal característica do RDC é objeto da ADI n. 4.645, a qual, impugna a constitucionalidade da Lei n. 12.462/11 sob o aspecto formal, haja vista a extrapolação da competência parlamentar quando das emendas ao texto original da medida provisória; bem como, questiona a constitucionalidade da divulgação posterior do orçamento, alegando para tanto a ofensa ao princípio da publicidade. Até a conclusão deste estudo, todavia, a referida ADI não havido sido apreciada pela Supremo Tribunal Federal (STF).

Diante desse cenário, vislumbram-se alguns possíveis avanços que podem ser conseguidos através do diferimento da publicidade do orçamento estimado, porém imprescindível seu total sigilo, pois, caso haja dúvidas acerca da violação deste, possível a invalidação total do procedimento e, por conseguinte, a responsabilização de todos os envolvidos.

Em relação à alegada economicidade na adoção do orçamento sigiloso, outra realidade é demonstrada na prática consoante estudo¹ apresentado por Luiz Fernando Ururahy de Souza no XV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas, realizado em Vitória/ES, no ano de 2013. Nesse trabalho, constatou-se que, nos procedimentos do RDC, ao comparar o orçamento estimado e o valor de contratação, foi obtido, em média, 4,84% de desconto.

1 Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf>. Acesso em 23 out. 2016.

A fim de confrontar esse percentual ao obtido em licitações realizadas sob a égide da Lei n. 8.666/93, foram pesquisados certames publicados pela Infraero nos anos de 2011 e 2012 que tenham se utilizado da modalidade de concorrência e enquadrem-se, outrossim, na categoria Obras. O resultado dessa análise foi o de que as concorrências, sob a égide da Lei Geral de Licitação, apresentaram 10,88% de desconto médio, ao passo que os certames do RDC atingiram 4,84% de desconto. Ou seja, verifica-se que estes obtiveram desconto médio, aproximadamente, 55% menor que as concorrências.

Percebe-se, assim, que o maior escopo no que diz respeito à adoção do sigilo do orçamento, qual seja, a obtenção de maiores descontos; não se concretizou com relação aos procedimentos realizados pela Infraero até março de 2013.

No que diz respeito ao sigilo, verifica-se que difícil é sua observação quando da negociação de condições mais vantajosas entre o licitante e a Administração, conforme art. 26 da Lei do RDC e art. 59 do Decreto n. 7.581/11, pois quase impossível negociar sem estabelecer ou divulgar os parâmetros balizadores do orçamento estimado.

Essa é a situação perceptível no Acórdão n. 306/2013 do Tribunal de Contas da União, no qual o diretor da unidade técnica apontou possível quebra de sigilo do orçamento na fase de negociação, após a definição do primeiro colocado em razão do pífio desconto concedido pela empresa licitante, uma vez que a negociação somente estagnou quando a proposta deste licitante enquadrou-se nos limites do orçamento estimado.

O relator, Ministro Valmir Campelo, entendeu, ainda, que o sigilo do orçamento em alguns procedimentos apenas o tornam mais morosos ou fracassados. Vejamos:

[...] Se a “menor proposta” (em casos de licitações pelo menor preço) for superior ao valor máximo admitido, existem duas possibilidades: a primeira é de, na fase de negociação, a lici-

tante abaixar sucessivamente seu preço para tentar atingir a “cota” permitida, **em um processo de tentativas e erros - quase um jogo de “quente e frio”**. Na prática, o “sigilo” seria **quebrado no exato momento em que o preço atingir o teto de contratação**. Nessa hipótese, a **manutenção do sigilo só tornou o processo mais moroso [...]** A outra hipótese é que, após consecutivas tentativas, a licitante não atinja o preço máximo admitido. **A licitação restar-se-ia, então, fracassada**. O próximo passo, por óbvio, seria empreender uma nova análise do orçamento, de modo a verificar-lhe a exequibilidade. **Caso se decida, porém, pela manutenção do preço paradigma, a Administração correrá o risco de, novamente, ter o certame mal sucedido**.

Ou seja, o Ministro do TCU entende que, a fim de cumprir um dos escopos do RDC, qual seja, a celeridade, por vezes, é necessária a quebra do sigilo do orçamento para que os procedimentos não se tornem mais morosos em razão da interminável negociação (já que, na prática, ocorre a quebra através do jogo de “quente e frio”) e, muito menos, fracassados.

Ao analisar, então, a conclusão anterior, na qual ficou constatado que a adoção desse sigilo por vezes não torna o procedimento mais econômico, juntamente aos dados acima apresentados; percebe-se que o RDC não conseguiu obter seus objetivos com relação a esse instrumento. Destarte, verifica-se que a adoção obrigatória do sigilo do orçamento estimado nos procedimentos licitatórios do RDC não é a melhor opção a ser seguida. Talvez, se fosse dada a opção ao administrador de, ao observar o caso concreto, adotar espontânea e motivadamente esse instrumento poderiam ser obtidos melhores resultados.

2.2.3 Remuneração variável e os contratos de eficiência

A Lei n. 12.462/11 estabelece como um dos objetivos do RDC a ampliação da eficiência nas contratações públicas, para tanto institui expressamente alguns mecanismos, por exemplo, a remuneração variável e o contrato de eficiência.

A remuneração variável, segundo o art. 10 da Lei n. 12.462/11 e art. 70 do Decreto n. 7.581/11, caracteriza-se pela concessão de um “bônus” ao contratado, caso ele consiga obter um resultado vantajoso à Administração.

De acordo com os artigos mencionados, a remuneração variável em função do desempenho do contratado é cabível na contratação de obras e serviços, não sendo incluído o fornecimento de bens. Além disso, para ser adotada essa sistemática, a Administração deverá motivar sua escolha, definindo parâmetros para aferir o desempenho do contratado, o valor a ser pago e o benefício a ser gerado para a Administração.

Além dessa necessidade de motivação, é preciso esclarecer que a Administração não poderá fixar qualquer valor para o adicional de remuneração. Esse deve representar percentuais módicos, respeitando, inclusive, o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação daquele objeto inicial. Percebe-se, assim, que não são todos os contratos que estarão aptos a adotar essa sistemática de remuneração, uma vez que, o escopo principal desta é ampliar a eficiência nas contratações, desde que respeitadas as condições acima.

Os contratos de eficiência, por sua vez, caracterizam-se pelo compromisso do contratado em reduzir as despesas da Administração, recebendo, em contrapartida, remuneração correspondente à incidência de determinado percentual sobre esta redução. Assim, difere do mecanismo da remuneração variável tanto em razão do objeto específico de reduzir as despesas, quanto das consequências nos casos de inadimplemento por parte do contratado, pois nestes, havendo descumprimento, o impacto é sobre a remuneração base.

Esses dois mecanismos trazem, portanto, um viés mais flexível para as contratações públicas, criando poderes para que a Administração se utilize de aparatos típicos do direito privado, a fim de tornar os contratos mais eficientes, bem como mais vantajosos. Resta saber, porém se os órgãos públicos saberão utilizá-los da maneira correta.

2.2.4 *Contratação integrada*

A Lei n. 12.462/11, em seu art. 8º, instituiu cinco regimes de contratação, quais sejam, empreitada por preço unitário, contratação por tarefa, empreitada por preço global, empreitada integral ou contratação integrada; estabelecendo, ainda, preferência aos três últimos em caso de obras e serviços de engenharia, haja vista a necessidade de promover nesses casos a prestação contratual de forma unitária, não fracionável.

A contratação integrada compreende, conforme o §1º do art. 9º da Lei regente, a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Apesar de distinta, todavia, a contratação integrada, a partir da publicação da Lei n. 12.980/14, não pode ser utilizada de forma indiscriminada. O *caput* e incisos (inseridos por esta norma) do artigo supramencionado esclarecem que esse regime somente poderá ser utilizado caso exista alguma condição especial necessária à realização da obra ou serviço: inovação tecnológica ou técnica, possibilidade de execução com diferentes metodologias ou a possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

O diferencial do regime de contratação integrada é, portanto, a possibilidade de o próprio contratado desenvolver os projetos básico e executivo, ou seja, estabelecer aspectos fundamentais do objeto contratado. Os doutrinadores afirmam que tal peculiaridade foi in-

serida em razão de, em alguns contratos, ser desrazoável a aplicação do projeto básico desenvolvido pela Administração. Juliano Heinen (2014, p. 41) exemplifica essa situação, ao afirmar que, muitas vezes, no momento da execução, constata-se que a escolha do material feita inicialmente pela Administração não é a melhor.

A Administração, por sua vez, apesar de não ser mais responsável pela elaboração do projeto básico nesse regime, tem por obrigação elaborar o anteprojeto de engenharia, o qual é destinado a descrever a necessidade daquela obra ou serviço de engenharia, informar seu prazo de entrega, as condições de durabilidade, bem como os parâmetros a serem utilizados para que o serviço ou a obra seja fácil de se executar, econômica ao se utilizar e adequada ao interesse público, aos impactos ambientais e à acessibilidade. Ou seja, a Administração informa qual o objeto a ser contratado, todavia não diz como deverá ser executado, ficando essa tarefa a cargo do contratado.

Diante desse cenário, percebe-se que a lógica da contratação integrada é atribuir maior responsabilidade ao particular e, por conseguinte, diminuir os riscos assumidos pela Administração Pública, uma vez que, se a elaboração do projeto básico não é mais de sua responsabilidade e este caracteriza a obra/serviço, estabelece o orçamento detalhado e define soluções para algumas vicissitudes; cabe, agora, ao particular assumir as consequências da elaboração do projeto.

Esta responsabilização, todavia, não é automática. A Administração, a fim de eximir-se da maioria dos riscos, deverá detalhar no instrumento convocatório condições e informações a partir das quais se possa concluir que o particular assumiu os riscos. Só assim será legítima a assunção, pois tais dados estavam previstos previamente no instrumento convocatório, não podendo ser alegado o elemento surpresa pelo contratado.

Outra forma de constatar a elevada responsabilidade atribuída ao particular é a previsão do art. 9º, § 4º da norma reguladora, o qual estabelece a vedação à celebração de termos aditivos aos contratos fir-

dados, salvo nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior e de necessidade de alteração para melhor adequar o projeto aos objetivos da contratação, desde que o pedido seja feito pela administração pública e sejam observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei n. 8.666/93.

Na prática, porém, apesar de ser necessário que a Administração pormenorize no instrumento convocatório condições e informações a partir das quais se possa concluir que o particular os assumiu, essa não é a realidade verificada, conforme trecho abaixo do Acórdão n. 1310/2013:

[...] O instrumento convocatório, diferentemente do esperado, não trouxe regras claras, fundamentais para não gerar incertezas na execução da avença acerca da possibilidade de adição contratual. O Edital de Licitação – RDC presencial nº 489/2012 trata da questão, sem tecer maiores detalhes, com simples remissão ao art. 9º, §4º, I, II da Lei do RDC. **Para se evitar tais dúvidas durante a execução do contrato, imprescindível que os instrumentos convocatórios estabeleçam, a exemplo das concessões rodoviárias, matriz de riscos detalhada, com a alocação dos riscos inerentes ao empreendimento para cada um dos contratantes. Frise-se que a repartição dos riscos envolvidos no processo, por meio de uma matriz de riscos, favorece a isonomia da licitação, fortalece a segurança jurídica do contrato e dota a Administração de meios mais objetivos para o controle do contrato. [...].**

Além dessas características, imprescindível ao estudo da contratação integrada a análise do critério de julgamento adotado para analisar as propostas. A versão originária da Lei n. 12.462/11 estabelecia a adoção obrigatória do critério de julgamento de técnica e preço, todavia teve esse aspecto revogado.

Percebe-se, assim, no cenário atual, alto teor de subjetividade no regime de contratação integrada. Primeiro, em razão de a elaboração do projeto básico ser delegada ao particular, sendo este elaborado pelo licitante somente após vencer o certame. Segundo, haja vista o fim da obrigatoriedade do critério de julgamento de técnica e preço, uma vez que, se a administração almeja economicidade na contratação e delega ao particular a elaboração do projeto básico, a adoção de outro critério pode desvirtuar os objetivos da contratação integrada.

2.2.5 A preferência do RDC pelos regimes de execução de preço global

A Lei instituidora do RDC apresentou, em seu art. 8º, cinco regimes de execução contratual, quais sejam, empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, tarefa, empreitada integral e contratação integrada. Assim, além de inovar, ao acrescentar este último regime, a Lei n. 12.462/11 trouxe a predileção, no parágrafo primeiro do referido artigo, pelos regimes de execução global no tocante às licitações e contratações de obras e serviços de engenharia.

Apesar dessa predileção, cabe esclarecer que a escolha do regime de execução não é decisão de livre arbítrio do gestor, devendo, na prática, ser utilizado aquele que melhor atender ao interesse público no caso concreto.

O uso dos regimes de preço global tem por elemento condicional a existência de quantitativo preciso dos serviços a serem executados, ou seja, os componentes da obra necessitam estar especificados minuciosamente, possibilitando que o custo possa ser aferido com uma margem mínima de incerteza e, por conseguinte, a sua avaliação seja realizada por preço certo e total. Desta maneira, a remuneração é realizada por etapas, sem aferição exata dos quantitativos executados. Tal mecanismo, portanto, evita a realização de diversos aditivos no decorrer do contrato, pois se todos os custos estão previstos inicial-

mente, apenas novas demandas da Administração poderão ensejar a alteração contratual; inexistindo o elemento surpresa.

Os regimes de preço unitário, por sua vez, devem ser utilizados em situação oposta: sempre que os quantitativos de serviços não puderem ser definidos com grande precisão. Desse modo, se a Administração apenas tomará conhecimento do quantitativo que tem a executar no decorrer do contrato, é salutar que adote regime de preço unitário, porque somente será pago ao contratado as quantidades efetivamente executadas. Caso seja adotado, diante desse cenário, regime de preço global, a tendência é que no decorrer do contrato sejam necessárias alterações nos quantitativos dos serviços, a fim de equilibrá-lo economicamente, podendo gerar prejuízos ao erário.

No Acórdão n. 3415/2014, relatou-se diversas irregularidades, dentre elas, inconsistências entre a primeira e segunda versão do orçamento em relação às quantidades dos serviços executados. O Ministro Relator Weder de Oliveira, então, nessa decisão, lançou mão de dois efeitos potenciais em razão desta falha: a existência de prejuízos gerados por aquisição ou contratação sem escolha da proposta mais vantajosa, haja vista a adoção de quantitativos inadequados na planilha de serviços, a qual serve de base para a licitação, bem como de prejuízos gerados por pagamentos indevidos, considerando que nos casos de empreitada por preço global, a estimativa de quantitativos substancialmente acima do necessário resulta em prejuízos ao erário. Nesse caso, a fim de assegurar a identidade de cada regime de execução foi adotada a seguinte solução:

[...] entende-se que seria necessária a realização de uma análise pormenorizada acerca do regime de licitação a ser adotado, que contemplasse a possibilidade da utilização da modalidade preço unitário para os serviços que envolvem maior nível de imprecisão em relação aos quantitativos, ainda que o regime por preço global pudesse permanecer para a parcela com meno-

res riscos de alterações nos quantitativos, forma conhecida como regime misto de licitação.

No Acórdão n. 2642/2014, Plenário, destacável a importância dada pelo TCU à necessidade de se distinguir claramente os dois regimes de execução. No edital de licitação objeto em questão, o item 3.5 previa o regime de empreitada por preço global, todavia seu item 12.2 dispunha que as medições mensais seriam em relação aos serviços efetivamente executados e aprovados pela contratante.

Saliente-se, ainda, no tocante à preferência, insculpida na Lei n. 12.462/11, aos regimes de preço global, que tal inclinação, todavia, não é vista como a melhor escolha por profissionais da área, já que, além de ser pouco utilizada na prática, é necessário um excelente planejamento na individualização dos componentes da obra, o que, às vezes, não é possível haja vista a própria natureza do serviço, esse é o posicionamento de André Pachioni Baeta (2014, p. 135).

Desta maneira, constatada a inviabilidade prática de escolha dos regimes de preço global, deve o administrador, ao determinar aquele que entende mais adequado, justificar essa impossibilidade. Dado que, o melhor entendimento referente a esse assunto é o de que a norma regente do RDC apenas estabeleceu uma preferência e não obrigatoriedade.

2.2.6 O uso do método de lances intermediários

A Lei do RDC prevê os modos de disputa aberto e fechado, os quais, segundo o art. 17, caracterizam-se, respectivamente, pela apresentação das ofertas por meio de lances públicos ou de modo sigiloso.

Dentro do sistema aberto, poderão existir, ainda, os lances intermediários, ou seja, aqueles caracterizados, quando adotado o critério do menor preço, por serem iguais ou superiores ao menor já ofertado.

Ao surgir essa norma, tal mecanismo era utilizado de forma equivocada, uma vez que era aplicado antes de ser definida a proposta vencedora, ocasionando distorções como a visualizada no Acórdão n. 306/2013. Neste, o licitante apresentou lances intermediários e, em seguida, formulou novo lance apto a vencer a licitação. O antigo vencedor, todavia, devido à variação entre os lances, a qual tornava muito alta a redução necessária para vencer, não pode cobri-lo e restou desclassificado, nos moldes do art. 19, inciso III do Decreto n. 7.581/11.

O mecanismo utilizado para ocasionar a desistência do outro participante, apresentando descontos ínfimos, era o seguinte. Determinado licitante oferecia, inicialmente, elevada proposta (não sendo enquadrado, portanto, neste momento, como a melhor contratação), porém, no decorrer das etapas, propunha descontos (sempre respeitando o intervalo mínimo previsto no edital), já que para ele não haveria tanto prejuízo em reduzir a oferta, pois seu preço inicial era elevado. O outro licitante, o qual ofereceu de logo uma proposta de menor valor, por sua vez, não conseguia cobrir o valor de intervalo mínimo previsto no edital, porque seu valor inicial já era baixo. Assim, não apresentava lance e, conseqüentemente, era desclassificado. O licitante que havia apresentado a maior proposta desde o início, então, cobria a oferta do anterior com desconto ínfimo, no caso em concreto correspondente a R\$ 0,01 (um centavo) e consagrava-se vitorioso.

Diante disso, no mencionado aresto, foi expedida recomendação a Infraero no sentido de que fossem apresentados lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta.

Esse também é o posicionamento exposto no Acórdão n. 518/2013, 2ª Câmara, no qual o Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que, haja vista os motivos acima delineados, a possibilidade de oferta de lances intermediários **antes** da definição da

proposta mais vantajosa para a Administração Pública pode ensejar lesão aos princípios da economicidade e da isonomia, já que esta, quando escolhida na fase de lances intermediários, era passível de manipulação pelos licitantes.

2.2.7 A agilidade dos procedimentos regidos pelo RDC

Dentre os escopos iniciais do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a necessidade de concluir de modo célere os procedimentos licitatórios, bem como as obras e serviços foi o motivo que mais impulsionou sua tramitação no Congresso Nacional, haja vista a necessidade de concluir, no prazo estipulado, os projetos indispensáveis à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016.

No estudo² apresentado no XV Simpósio Nacional de Auditorias de Obras Públicas de 2013, apurou-se que, em relação ao tempo médio entre a publicação do edital e a homologação, as licitações sob o regime do RDC avançaram quando confrontadas às regidas pela Lei Geral de Licitação, vez que reduziu em 43% o tempo transcorrido entre os eventos mencionados. Nessa análise, verificou-se o seguinte: dos 36 procedimentos apurados pelo RDC, foi constatado um intervalo médio de 71 dias. Enquanto que, dentre 18 concorrências regidas pela Lei n. 8.666/93, o tempo médio encontrado foi de 124 dias. Logo, houve uma considerável redução.

Em parecer³ apresentado no Senado Federal, a Senadora Gleise Hoffman (PT/PR) também disserta acerca desse assunto, afirmando que, nos anos de 2012 e 2013, é significativa a redução do tempo, em dias corridos, entre as contratações realizadas através do RDC e as

2 Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf>. Acesso em 23 out.2016.

3 Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=146173&tp=1>>. Acesso em 23 out. 2016.

modalidades previstas na Lei n. 8.666/93. Ressalta, ainda, que a diminuição não ocorre apenas quando é aplicada a contratação integrada, mas, sim, em relação a todo o regime diferenciado.

No que diz respeito ao cumprimento dos prazos de execução das obras e serviços, a realidade é diferente. Esse é o objeto do relatório⁴ feito pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU/BR) e pelo Sindicato da Arquitetura e da Engenharia (SINAECO). Nesse documento, destaca-se que, até maio de 2014, haviam sido destinados R\$ 7,5 bilhões para mobilidade urbana e acesso aos estádios, referentes a 45 obras. Dentre essas, 9 foram contratadas via RDC e, apenas uma havia sido entregue à época de elaboração do relatório. No setor aeroportuário, por sua vez, o cenário é o mesmo, pois, nesse período, somente os contratos referentes a serviços técnicos de apoio a Infraero, ampliação de pátio de estacionamento de aeronaves e construção da torre de controle do aeroporto de Salvador foram concluídos, somando-se apenas R\$ 32 milhões, o equivalente a 0,41% do gasto total realizado nesse setor.

Desta forma, de acordo com os poucos dados estatísticos disponíveis, constata-se que, apesar de o RDC, quando comparado à Lei Geral de Licitação, ser mais célere até o início da execução da obra, posteriormente, torna-se, muito mais moroso.

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que, muitos dos objetivos previstos, inicialmente, pelo Regime Diferenciado de Contratações não restaram cumpridos.

A tentativa, através do uso da contratação integrada, de eximir a responsabilidade da Administração no tocante às possíveis vicissitudes no decorrer da execução do contrato e de, conseqüentemente,

4 Disponível em: <http://www.caubr.gov.br/wp-content/uploads/2014/05/CAU_BR_Placar-Sinaenco.pdf>. Acesso em 23 out. 2016.

transferi-la ao particular, encontrou óbice na falha na elaboração do instrumento convocatório, visto que a ausência de uma matriz de risco detalhada, conforme relatado acima, impossibilita a concretização de tal benefício.

Ainda no que diz respeito a esse regime de contratação, alegou-se que o repasse da elaboração dos projetos básicos e executivo ao particular reduziria significativamente o prazo de concretização do objeto contratado, uma vez que por ser o particular o responsável em ditar o modo de executar evitar-se-iam os percalços no decorrer da obra/serviço. Apesar dessa expectativa, os dados estatísticos, até então colhidos, expressam a redução do prazo apenas no tocante à fase interna de licitação, ou seja, até o iniciar da obra. Posteriormente, porém, conforme estudo elaborado pelo SINAECO, a realidade é diversa. Os números indicam que, quanto à entrega da obra ou finalização do serviço, os contratos regidos pelo RDC são mais tardios em comparação aos regidos pela Lei Geral de Licitações,

Além dos dados acima mencionados, o retardo na finalização de tais contratos é fato notório, visto que a imprensa noticiou, por diversas vezes, o atraso nas obras da Copa do Mundo de 2014, bem como nas relacionadas ao PAC e das Olimpíadas de 2016.

Quanto ao orçamento sigiloso, no decorrer desse trabalho, foram estabelecidos dois parâmetros para constatar sua credibilidade. Primeiro, a manutenção total do sigilo, o aumento de descontos nos valores finais dos contratos. Em alguns acórdãos do TCU, todavia, observou-se suspeita de quebra do sigilo do orçamento estimado. Ademais, como apresentado no XV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas, o uso do orçamento sigiloso não superou a Lei n. 8.666/93 no tocante à redução de preço. Desta forma, afastada a credibilidade, inicialmente, concedida à mitigação de publicidade do orçamento.

Conclui-se, então, que o uso do RDC ofende, em certos aspectos, os princípios da igualdade e da segurança jurídica. Ao constatar que a contratação integrada não possibilitou, até então, a transferência dos

riscos para o particular, percebe-se que a Administração, quando possibilita aos particulares a elaboração dos projetos básico e executivo, diminui a concorrência, visto que reduzido o número de licitantes que, além da capacidade de executar o contrato, podem elaborar tais documentos; ou seja, tal situação, na prática, implica a escolha dos grandes complexos empresariais. Ademais, ao verificar que o sigilo do orçamento estimado não superou a Lei Geral de Licitação quanto aos descontos, bem como em razão de, em alguns casos, haver suspeita de quebra do sigilo; afrontada está a segurança jurídica do procedimento licitatório que se utiliza do RDC, pois, não suficiente a ausência de publicidade prévia, possível a ocorrência de fraude.

A partir desse quadro, percebe-se, então, que, além da necessária alteração legal de alguns institutos, indispensável uma maior intervenção do Tribunal de Contas da União, a fim de possibilitar a concretização dos objetivos iniciais desse regime. Pois, se há, como exposto nos capítulos anteriores, a intenção legislativa em torná-lo regime geral e, conseqüentemente, revogar a Lei n. 8.666/93; indispensável o cumprimento das condições acima mencionadas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BAETA, André Pachioni. Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aplicado às Licitações e Contratos de Obras Públicas. 2ª edição. São Paulo: Pini, 2014.

BRASIL. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil. Placar das obras mostra fracasso da contratação diferenciada na Copa. Disponível em: <http://www.caubr.gov.br/wpcontent/uploads/2014/05/CAU_BR_PlacarSinaenco.pdf>. Acesso em 30 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 out. 2016.

BRASIL. Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em 30 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 30 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei no.10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis no. 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no. 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no. 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 30 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.980, de 28 de maio de 2014. Altera a Lei no.12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 mai. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12980.htm>. Acesso em 30 out. 2016.

CARDOSO André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de

Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 7ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª edição. São Paulo: Dialética, 2012.

HEINEN, Juliano. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações: Lei n 12.462/11. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 37-45, jan. 2014.

HOFFMANN, Glesi Helena. Parecer sobre a Medida Provisória nº 630, de 24 de dezembro de 2013, que altera a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=146173&tp=1>>. Acesso em 30 out. 2016.

MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A fase interna e o instrumento convocatório no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 7ª edição. Niterói: Impetus, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

NETO, Justen Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães, Procedimento licitatório da Lei Nº 12.462: Licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias, A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SÁ, Mayara Ruski Augusto. As Diretrizes para as Licitações e Contratos realizados em conformidade com o RDC. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach, Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SOUZA, Luiz Fernando Ururahy de. A utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) pela Infraero. In: XV SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 2013, Vitória. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf>. Acesso em 30 out. 2016.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. Regime Diferenciado de Contratação – RDC. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PAPEL DO JUIZ NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO: UMA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A valorização dos princípios e o reconhecimento de sua aplicação direta é traço cada vez mais marcante no Direito Processual pós-positivista.

A mudança do paradigma hermenêutico, que põe a Constituição como o centro do ordenamento jurídico, produziu mudanças em todas as esferas do Direito e, conseqüentemente, no processo. O Direito Processual passa a ser interpretado segundo a Constituição e a ser instrumento de efetivação de suas normas.

Diante deste contexto, os princípios processuais assumem grande relevância, visto que encarados como direitos fundamentais. Passa-se a exigir do processo, além de estar estruturado em conformidade com as normas constitucionais, que ele esteja adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais.

A atividade do juiz, parte integrante e indissociável da ideia de processo, não poderia estar alheia a esse cenário. É atendendo a esta lógica que a Lei N. 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, adotou o que se chama de modelo cooperativo de processo, segundo o qual o órgão julgador deixa de assumir um papel inquisitorial para dialogar com as partes na busca de uma justa composição da lide, por

meio de um processo pautado na boa-fé objetiva, extirpando quaisquer dúvidas acerca da aplicação no processo dos princípios constitucionais.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS APLICADOS À ATIVIDADE JURISDICIONAL

2.1 O devido Processo Legal

Dentre os direitos fundamentais de maior relevância está o devido processo legal. Este princípio representa uma verdadeira vedação ao exercício abusivo do poder.

O professor Fredie Didier defende que o princípio do devido processo legal rege, não somente a relação processual judicial, mas todas as relações processuais.

Processo é método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o processo legislativo; as normas administrativas, após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. Pode-se, então, falar em devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e devido processo legal jurisdicional. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.¹

Desta maneira, impensável é admitir atuação do juiz sem estar pautado na maior observância desse princípio, que representa, ao fim e ao cabo, o Estado democrático de direito.

1 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 45.

O devido processo legal é uma cláusula geral e seu conteúdo varia conforme o contexto histórico de uma sociedade². O que se entende como *devido* passa constantemente por transformações. Devido processo legal já teve seu conteúdo resumido à igualdade formal e à estrita legalidade. Este acúmulo histórico vai delineando o conteúdo deste princípio, incorporando cada concretização ao seu rol de garantias mínimas.

Nessa senda, do “sobreprincípio” do devido processo legal podem ser extraídos vários “subprincípios”³ constitucionais processuais que lhe dão sentido e nele têm seu fundamento. Dentre eles, estão os princípios da boa-fé objetiva, da proibição *do venire contra factum proprium* e da cooperação processual.

2.2 O Princípio da Boa-Fé

O princípio da boa-fé objetiva impõe que os sujeitos de direito ajam de maneira ética, leal. Seu conteúdo não se restringe apenas ao direito privado. Embora ainda não muito presente na doutrina, pode-se falar, sem dúvidas, em princípio da boa-fé processual, uma vez que, como dito, este princípio consolida o devido processo legal. O Novo Código de Processo Civil o evidenciou, trazendo-o no rol das normas fundamentais, encerrando a discussão acerca da sua aplicação no ramo processual.

A boa-fé processual, assim, agora encontra fundamento também infraconstitucional no direito processual civil brasileiro, consubstanciado no artigo 5º do Novo Código:

Art. 5ª. Aquele que de qualquer fora participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé;

2 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 46-49.

3 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.97-98.

Boa-fé aqui não deve ser compreendida no sentido subjetivo, como aspecto psicológico de não ter intenção de lesar. Boa-fé deve ser entendida como norma, que impõe conduta leal e confiável, independentemente de considerações acerca da esfera subjetiva do indivíduo.

A consagração da boa-fé processual foi consequência da expansão da exigência de boa-fé do direito privado para o direito público. Pode-se dizer, aliás, que a boa-fé expandiu-se para todos os ramos do Direito, dado o seu caráter constitucional, seja qual for o vínculo jurídico, inclusive o processual.⁴

O fato de existir lide, e há de se esperar que exista, não autoriza que os sujeitos processuais procedam livremente, sem se submeterem à boa-fé objetiva. O direito de ação e o contraditório devem ser exercidos atendendo a limites. A boa-fé processual não é um estado psicológico, é norma, é objetiva.

Defendendo que o princípio da boa-fé objetiva não fica restrito às relações privadas, mas deve ser igualmente aplicado às relações processuais, argumenta Fredie Didier de maneira muito ilustrativa:

Até na guerra a proteção da boa-fé objetiva se impõe. O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, reputa crime de guerra (art. 8º, 2, “b”, vi e vii) “provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido e utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como emblemas distintivos

4 DIDIER JR., Fredie. *Alguns aspectos da aplicação da proibição do ‘venire contra factum proprium’ no processo civil*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp?Old=null>. Acesso em 09.01.2012.

das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves”. São, como se vê, condutas abusivas, que ferem a ética da guerra. Hastear “bandeira branca”, incentivando o avanço das tropas adversárias direto para uma emboscada, é *venire contra factum proprium*, conduta intolerável mesmo na guerra. A leitura do rol dos crimes de guerra previsto neste artigo revela, com alguma facilidade, a preocupação com a preservação e o incentivo à boa-fé e à cooperação em períodos de guerra.

Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob a supervisão do juiz, as partes “guerreiam” por seus interesses? ⁵

Cabe fazer destaque que a boa-fé é norma que se impõe a todos os sujeitos do processo, o que inclui, necessariamente, o juiz.

O magistrado é representante da vontade do Estado no processo e não pode ficar alheio à obrigatoriedade do atendimento à boa-fé. Toda a Administração Pública, na verdade, também se submete a este princípio. Por ser tema relacionado ao Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que a boa-fé objetiva é norma impositiva para toda relação intersubjetiva, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

José Guilherme Giacomuzzi⁶ sustenta que a boa-fé na Administração Pública decorre da moralidade administrativa. O conceito do princípio da moralidade desenvolveu-se a partir da ideia de boa-fé. Desta maneira, não há novidade alguma na aplicação deste princípio às relações de caráter eminentemente público. Historicamente, no

5 Idem. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 69.

6 GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública (o conteúdo dogmático da moralidade administrativa)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.227-285.

âmbito do direito público passou-se a dedicar-se à teorização sobre a moralidade, enquanto a boa-fé ficou a cargo dos jusprivatistas, que desenvolveram a ideia de objetividade, de boa-fé norma de conduta.

Assim, se o direito público não desenvolveu instituto capaz de abarcar as conseqüências jurídicas advindas do desenvolvimento da boa-fé jusprivatista, nada impede que com ela – e suas conseqüências – se preencha o conteúdo do princípio da moralidade, mormente se tivermos em conta a história de suas idéias. O “atraso” da dogmática do direito público no tema não lhe pode impedir o avanço, mormente se não há sério obstáculo metodológico ao seu progresso.⁷

Deste modo, a boa-fé objetiva vincula toda a Administração Pública e, sobremaneira, o órgão jurisdicional. A aplicação da boa-fé ao direito público pode ter fundamento ainda no princípio da imparcialidade⁸, pelo que sua observância pelo juiz se torna imprescindível.

Arrematando o raciocínio, o Novo Código deixou clara a aplicação da boa-fé ao juiz, na medida em que estabeleceu em seu artigo 5º que devem comportar-se de acordo com a boa-fé todos aqueles que “de qualquer forma” participam do processo.

2.3 Venire Contra Factum Proprium

Um dos casos de aplicação do princípio da boa-fé é a proibição de *venire contra factum proprium*, regra que proíbe o comportamento contraditório.

De acordo com este princípio, é ilícita a postura que contrarie comportamento exercido anteriormente, causando frustrações legítimas na parte contrária.

⁷ Ibidem. p.236.

⁸ Ibidem. p.246-250.

Embora seja mais aprofundadamente estudado pelo Direito Civil, o instituto do *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos) constitui uma cláusula geral de coerência, de aplicação no direito como um todo. Além do princípio da boa-fé objetiva, seu fundamento está na solidariedade social, objetivo fundamental da República, positivado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal⁹.

É certo que também a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional. Justamente por isto se indicou como mais acertada a orientação segundo a qual sua aplicação não se deve restringir a relações contratuais ou mesmo a relações privadas, devendo se infiltrar por todos os ramos do direito. Entretanto, a falta de regulamentação positiva do *nemo potest venire contra factum proprium*, uma vez admitido o princípio, acaba por lhe facilitar a expansão mesmo naqueles campos em que a aplicação da cláusula geral da boa-fé não é inteiramente aceita, como na esfera extracontratual e em face da Administração Pública. A proibição ao comportamento contraditório aparece aí como expressão do princípio constitucional da solidariedade social, de forma direta ou por quaisquer meios que lhe sirvam de expressão mais concreta, como os princípios da igualdade e da moralidade administrativa¹⁰.

Deste modo, a proibição de comportamento contraditório alcança a Administração Pública, todas as relações de direito público e, conseqüentemente, o processo.

O direito processual, assim, admite a aplicação dessa regra. Neste ramo do direito, a proibição do *venire contra factum proprium* é aplicada sob o nome de preclusão lógica¹¹. A vedação de a parte praticar

9 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e 'venire contra factum proprium'*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 101-104.

10 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e 'venire contra factum proprium'*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 102-103.

11 DIDIER JR., Fredie. *Alguns aspectos da aplicação da proibição do 'venire contra factum proprium' no processo civil*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp?Old=null>. Acesso em 09.01.2012.

certo ato ou postular algo em juízo em razão da incompatibilidade que há entre o que ora se pretende e o agir processual anterior – preclusão lógica – nada mais é do que o emprego do *nemo potest venire contra factum proprium* ao processo.

Este dever de coerência no processo não fica restrito às partes. O juiz submete-se sobremaneira a esta regra de proibição de comportamento contraditório. Assim, o magistrado que julga antecipadamente a lide por entender desnecessária a produção de prova em audiência (artigo 355, I, do Código de Processo Civil de 2015) não pode julgar o feito improcedente por falta de provas, em obediência justamente ao *nemo potest contra factum proprium*. Do mesmo modo, não é lícito ao juiz antecipar os efeitos da tutela por entender estar configurado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (artigo 311, I, do Novo Código de Processo Civil) e não condenar o réu em litigância de má-fé¹².

Se qualquer uma das partes ou o juiz assume um comportamento que vai de encontro a comportamento anterior, age de maneira desleal, frustrando legítimas expectativas dos outros participantes do processo. Adotando uma postura num determinado sentido, o sujeito faz com que surja na contraparte uma fundada confiança, não podendo posteriormente passar a comportar-se em sentido totalmente oposto. Isto representaria uma quebra de confiança, que é ilícita em todo o ordenamento jurídico. Na esfera civil, é dano passível de indenização, inclusive.

Se nas relações privadas o comportamento contraditório é rechaçado, invalidando o negócio e sendo passível de indenização, com muito mais razão ele não deve ser tolerado numa relação de direito público, sobretudo na atividade jurisdicional, onde as partes (e a sociedade) depositaram confiança para a solução da lide. “Confiança que só será adquirida se houver compreensão mútua entre a cidadada-

12 Idem. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 302.

nia e a magistratura, eficiência e competência desta no exercício de suas altas funções.”¹³

3. O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Outro princípio decorrente da boa-fé processual é o da cooperação. Na verdade, se trata de um novo modelo de processo, no qual todas as partes – jurisdicionados, juiz, auxiliares da justiça, advogados, membros do Ministério Público – devem colaborar para justa composição da lide por meio de um processo pautado na boa-fé objetiva.

Desta maneira, muda-se o paradigma quanto ao elemento central do processo. A relação processual não gira nem em torno das partes, como no modelo adversarial, tradicional do liberalismo clássico, no qual, por imperar a autonomia da vontade, a atividade do órgão julgador é minimizada; nem em torno do juiz, como no modelo inquisitorial, tradicional do Estado do bem-estar social, no qual pouco espaço havia para manifestação das partes, dando grande valor à imposição do órgão julgador.

De acordo com o modelo da cooperação, o juiz deve dialogar com as partes, de maneira que estas participem do resultado final do processo, da decisão judicial. Deste modo, segundo este modelo, pode-se afirmar que o magistrado participa do contraditório. E o contraditório, por sua vez, ganha nova feição, deixando de ser a mera oportunidade formal de falar nos autos para ser o direito de efetivamente poder participar da discussão do objeto da lide, podendo interferir verdadeiramente na decisão do juiz¹⁴.

A decisão judicial, então, passa a ser, não apenas um ato do juiz, mas um produto do debate dos sujeitos que participam do processo.

13 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa de processo*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2003, n.27, p. 22-51.

14 DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Revista de Processo. São Paulo: 2005, v.127, p. 75-80.

O modelo cooperativo, deste modo, se coaduna muito mais com o regime democrático.

Daí surgem deveres de conduta, tanto para as partes quanto para o juiz, que assume uma “dupla posição”: na condução do processo ele tem de adotar uma postura paritária com as partes, simétrica; na decisão, porém, embora se reconheça o papel dos demais participantes para a construção da sentença, esta não deixa de ser manifestação de poder, postura assimétrica, portanto¹⁵.

A novidade do modelo cooperativo é o estabelecimento de um diálogo na condução do processo e na maneira como a decisão final do processo é construída. No modelo inquisitorial o juiz adotava postura assimétrica, tanto na prolação da sentença quanto em toda a condução do processo. No modelo cooperativo, ele adota uma postura simétrica na condução do processo e assimétrica somente nos atos decisórios.

A Lei N. 13.105/2015 (NCPC) evidenciou o modelo cooperativo no seu artigo 6º, trazendo na letra da lei mais este desdobramento das normas constitucionais ao processo:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O atendimento ao princípio da cooperação impõe uma postura do juiz no sentido de dificultar a decretação de nulidades processuais, principalmente quanto aos pressupostos de admissibilidade.

Em decorrência deste dever de buscar resolver o mérito da causa, o modelo cooperativo gera deveres ao magistrado: dever de esclarecimento, dever de consultar e dever de prevenir¹⁶.

15 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 83-85.

16 DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Revista de Processo. São

Pelo dever de esclarecimento, deve o juiz se informar com as partes quanto a possíveis pontos objetos da discussão da lide que tenham sido mal compreendidos ou que sobre eles parem qualquer incerteza. Assim, se o magistrado tiver alguma dúvida sobre o atendimento de algum pressuposto processual, não deverá de logo extinguir o processo sem resolução do mérito, mas pedir esclarecimentos à parte interessada.

Do mesmo modo deve proceder o juiz se este identificar alguma nulidade que possa ser decretada de ofício e que não tenha sido levantada pelas partes. Assim procedendo, estará o julgador aplicando o dever de consulta, consequência do princípio da cooperação. O juiz não pode extinguir o processo sem resolução do mérito em decorrência de matéria que não foi discutida nos autos, ainda que de ordem pública, sob pena de malferimento, também, do princípio do contraditório¹⁷. O juiz tem de cooperar com as partes. Deste modo os jurisdicionados não podem ser surpreendidos com a postura do juiz. O fato de a matéria de ordem pública poder ser conhecida de ofício não significa que o juiz possa furtar-se ao debate quanto àquela matéria que ele entende ter se configurado no processo. Este é o pensamento de acordo com o moderno e cooperativo processo civil.

Nessa linha, útil transcrever o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹⁸:

Demais disso, não é admissível que os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica por eles não apercebida. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, aproveitando apenas os fatos sobre os

Paulo: 2005, v.127, p. 75-80.

17 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 56-60.

18 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa de processo*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2003, n.27, p. 29-30.

quais as partes tenham tomado posição. Dessa forma, as partes estarão melhor aparelhadas para defender o seu direito e influenciar na decisão judicial.

Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do contraditório. A hipótese não é pouco comum porque são freqüentes os empecilhos enfrentados pelo aplicador do Direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo.

Em homenagem ao princípio da cooperação o juiz tem ainda o dever de prevenção. O magistrado deve apontar as deficiências do processo para que possam ser supridas pelas partes, se for o caso. É o caso, por exemplo, da possibilidade de emenda da petição inicial, prevista no artigo 321 do Código de Processo Civil. O juiz ao vislumbrar que a petição inicial é inepta não deve extinguir o processo, mas oportunizar que o autor a conserte. O dever é de prevenir que o processo tenha tramitado em vão, de maneira que devem ser aproveitados ao máximo os atos processuais. O processo cooperativo impõe que o juiz tenha sempre em mente que o objetivo do processo é a decisão de mérito.

4. CONCLUSÃO

Por tudo que foi analisado, podem ser feitas as seguintes considerações.

Os princípios constitucionais têm aplicação direta no processo, de maneira que impõem que este seja interpretado e manejado confor-

me aquele. A mudança do paradigma hermenêutico, que põe a Constituição como o centro do ordenamento jurídico, produziu mudanças em todas as esferas do Direito e, conseqüentemente, no processo. O Direito Processual passa a ser interpretado segundo a Constituição e a ser instrumento de efetivação de suas normas.

Nesta senda, surge o direito fundamental ao devido processo legal como base do processo. Constitui-se, na verdade em um “sobre-princípio” dos quais se extraem os “subprincípios” da boa-fé processual, da proibição do comportamento contraditório e da cooperação processual.

Esses princípios constitucionais do processo vinculam a ação de todos os sujeitos que participam do processo, e não apenas das partes. O magistrado é representante da vontade do Estado no processo e não pode ficar alheio à obrigatoriedade do atendimento à boa-fé. Toda a Administração Pública, na verdade, também se submete a este princípio. Por ser tema relacionado ao Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que a boa-fé objetiva (e os princípios dela decorrentes) é norma impositiva para toda relação intersubjetiva, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Esse foi o sustentáculo constitucional do Novo Código de Processo Civil (Lei Nº 13.105/2015), que adotou expressamente o modelo cooperativo de processo.

De acordo com o modelo da cooperação, o papel do juiz deve ser dialogar com as partes, de maneira que estas participem do resultado final do processo, da decisão judicial. Deste modo, segundo este modelo, pode-se afirmar que o magistrado participa do contraditório. E o contraditório, por sua vez, ganha nova feição, deixando de ser a mera oportunidade formal de falar nos autos para ser o direito de efetivamente poder participar da discussão do objeto da lide, podendo interferir verdadeiramente na decisão do juiz.

A decisão judicial, então, passa a ser, não apenas um ato do juiz, mas um produto do debate dos sujeitos que participam do processo.

O modelo cooperativo, deste modo, se coaduna muito mais com o regime democrático e, portanto, é muito mais adequado ao Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp?Oid=null>. Acesso em 09.01.2012.

DIDIER JR., Fredie. **O princípio da cooperação: uma apresentação**. Revista de Processo. São Paulo: 2005, v.127, p. 75-80.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública (o conteúdo dogmático da moralidade administrativa)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa de processo**. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2003, n.27, p. 22-51.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTES

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, o presente trabalho tem como objetivo principal aferir a responsabilidade civil das empresas de transporte aéreo em decorrência de acidentes.

O tema em questão foi o escolhido por ser bastante específico e, em regra, não ser objeto de um estudo aprofundado. Além disso, as notícias frequentemente veiculadas na mídia sobre acidentes aéreos fez despertar imensa curiosidade sobre o tema, em especial, no tocante à responsabilização das empresas de transporte aéreo.

A pesquisa em questão possui relevância social, pois grande parte da sociedade é leiga no que diz respeito à legislação em geral e, especificamente, na que trata do transporte aéreo, apesar do crescimento na utilização deste serviço por pessoas de todas as classes sociais. O que comumente ocorre é que os cidadãos só buscam conhecer as leis no momento em que mais precisam dela, o que geralmente se dá quando estes são lesados.

Em síntese, a finalidade maior deste trabalho é a busca pela compreensão dos mais variados aspectos atinentes à responsabilidade civil das empresas de transporte aéreo em decorrência de acidentes no intuito de torná-la um material de leitura simples e acessível, além de interessante.

2 NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, prevista na parte geral do Código Civil de 2002 no título III, que traz os artigos 186, 187 e 188, e na parte especial do mesmo diploma no artigo 389 e no título IX “Da Responsabilidade Civil”, tem como finalidade reparar a harmonia moral e patrimonial que sofreu um desgaste decorrente de um dano. Em outras palavras, o prejuízo causado é passível de indenização, devendo o autor deste, responder por sua ação, ou mesmo omissão, com o seu patrimônio.

Desvela-se a importância da responsabilidade civil, pois, com ela, busca-se restituir o dano causado, não deixando o lesado desamparado e fazendo com que o lesante perca parte de seu patrimônio, redistribuindo então suas riquezas, até mesmo para que este último se sinta desestimulado a reiterar a prática de atos que prejudiquem terceiros.

Oportuno mencionar um breve conceito de responsabilidade civil, de acordo com o entendimento de Gonçalves (2008, p. 3): “A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”.

A responsabilidade civil surge com a presença dos seguintes elementos: ato ilícito, ação ou omissão, os elementos subjetivos culpa ou dolo, nexo causal e dano ou prejuízo.

O ato ilícito é de suma importância para a responsabilidade civil, pois a partir dele, assim como de outros institutos, surge a obrigação de indenizar, possuindo o mesmo um título exclusivo no Código Civil de 2002, o Título III. O seu artigo principal é o 186 que traz a definição do ato ilícito, vejamos: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002).

A partir da análise do artigo acima citado, possível perceber que ato ilícito precisa ser volitivo e ao mesmo tempo gerar efeitos jurídi-

cos que sejam contrários ao ordenamento jurídico, partindo de uma ação ou omissão do agente e causando danos a alguém.

Válido rememorar também o artigo 927 do mesmo diploma que prevê expressamente o efeito da prática do ato ilícito, qual seja a obrigação de indenizar, vejamos: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002)

A ação é um dos elementos inerentes à constituição da responsabilidade civil, como se detém da análise do artigo 186 do Código Civil. Assim, cabe conceituar aqui a comissão que vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.

Por sua vez, a culpa

é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. (DIAS, 1979, *apud* VENOSA, 2010, p. 26).

A análise da culpa é feita, atualmente, levando-se em consideração a conduta do homem médio, ou seja, parte-se da conduta que seria própria de um homem médio para saber o quanto a conduta do agente destoou desta, lembrando que para aferição da mesma também se leva em conta a imprudência, imperícia e negligência e, o juiz, na hora de determinar o *quantum* a ser pago a título de indenização, observa o grau de culpabilidade do agente.

O dolo é uma das causas que podem gerar a obrigação de indenizar, além da culpa, do dano e do nexo causal. Salientando que não é necessário que haja culpa e dolo, mas apenas culpa ou dolo, como é possível aferir a partir do conceito de Tartuce: “O dolo constitui uma

violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. ” (TARTURCE, 2012, p. 437)

O nexo causal, assim como a efetiva ocorrência do dano, é elemento essencial para gerar a responsabilidade de indenizar, como mencionado anteriormente. Ele se traduz na existência da correlação entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pelo lesado. Aqui há que se fazer uma observação: Causas excludentes de ilicitude são aquelas que “quebram” o nexo causal, impossibilitando a sua concretização, eximindo, conseqüentemente, o agente de responsabilidade já que não mais haverá nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo gerado.

Alguns exemplos de excludentes de responsabilidade são: o estado de necessidade e a legítima defesa, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. Impende ainda ressaltar que não serão as mencionadas causas tratadas neste trabalho.

Como é cediço, para que haja o pagamento de indenização, é necessário além da existência de culpa ou dolo e do nexo causal, a comprovação do dano patrimonial ou extrapatrimonial.

Apontados os componentes da responsabilidade civil, é válido ressaltar que a responsabilidade civil subjetiva é aquela que pressupõe a existência de dolo ou culpa para que haja o dever de indenizar. Já a responsabilidade civil objetiva é aquela em que não há necessidade de provar a existência de dolo ou culpa, bastando que haja nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado. Ressaltando que na responsabilidade civil objetiva, a culpa até pode estar presente, porém, ela não é essencial para que haja reparação, pois, como anteriormente citado, basta que haja o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano causado.

O Código Civil Brasileiro de 2002 filiou-se à teoria da responsabilidade civil subjetiva, como regra, porém também traz em seu bojo, como exceção, alguns artigos que preveem casos em que adota a res-

ponsabilidade civil objetiva, a exemplo dos artigos 936, 937 e 938, tratando, respectivamente, da responsabilidade do dono de animal, do dono de prédio em ruína e do habitante da casa da qual cair coisas, entre outros.

3 O CONTRATO DE TRANSPORTES SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL E SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

O contrato de transporte é regulado no Código Civil de 2002, pelo Capítulo XIV “Do transporte”, que abrange os artigos 730 a 756, sendo dividido em três seções, são elas: “Disposições gerais”, “Do transporte de pessoas” e “Do transporte de coisas”.

O conceito de contrato de transporte encontra-se no artigo 730 do Código Civil, o qual dispõe: “Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.” (BRASIL, 2002).

Diante da leitura do artigo supracitado, cabível a mencionar a interpretação do mesmo, dada por Gonçalves:

Observa-se que o contrato de transporte se compõe de três elementos: o transportador, o passageiro e a transladação. O passageiro pode ser o que adquiriu a passagem ou o que a recebeu deste. No tocante à transladação é necessário que haja transferência ou remoção de um lugar para o outro, ainda que não se percorra uma distância geográfica. (GONÇALVES, 2008, p. 452)

De acordo com a renomada doutrina do professor Roque (2009, p. 16 e 17), são elementos do contrato de transportes: o transportador, que, em regra, é pessoa jurídica, podendo ser pública ou privada, neste último caso, por meio de concessão do Poder Público, mas também pode ser pessoa natural, sendo responsável por providenciar o transporte; o passageiro, que é a pessoa física que será transportada,

constituindo, com o transportador, as partes do contrato, sendo sujeito de direitos e obrigações; o veículo de transporte, que é o meio pelo qual é feita a transladação do passageiro; o preço, também chamado de tarifa, que é a remuneração paga pelo passageiro em contrapartida ao serviço prestado pelo transportador.

A título de curiosidade, cabe tecer observação acerca da fixação do preço ou tarifa de transporte aéreo: “As tarifas de transporte aéreo dependem de aprovação da IATA – *International Air Traffic Association*; no Brasil dependem da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil.” (ROQUE, 2009, p. 18). Observa-se, ainda, que a tarifa ou preço além de ser aprovada pela IATA, deve ser também aprovada pelo Poder Público e instituída através de norma jurídica, para só então passar a ser cobrada aos passageiros. Importante ainda salientar algumas informações, acerca do transporte aéreo no Brasil, trazidas por Roque (2009, p. 36 e 37): “O transporte aeronáutico é de competência do Ministério da Defesa, pelo seu órgão ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil”, órgão este que além de disciplinador, é também técnico e legislador, pois tem autonomia para baixar normas e aprovar modificações nas cláusulas do contrato.

No que concerne à responsabilização civil no contrato de transporte, é válido, de imediato, colacionar o entendimento do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

O contrato de transporte gera, para o transportador, **obrigação de resultado**, qual seja, a de transportar o passageiro são e salvo, e a mercadoria, sem avarias, ao seu destino. A não obtenção desse resultado importa o inadimplemento das obrigações assumidas e a responsabilidade pelo dano ocasionado. (**grifo nosso**) (GONÇALVES, 2008, p. 453)

É cediço que a regra no Direito Civil é de responsabilidade civil subjetiva, sendo objetiva apenas como exceção. Já no Direito do Con-

sumidor, a regra é a responsabilidade objetiva, sendo subjetiva como exceção, a exemplo da responsabilidade dos profissionais liberais.

O contrato de transporte, mais especificamente, o transporte de pessoas, é regido pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também, pelo Código Civil, sendo objetiva a responsabilidade civil do transportador aéreo por quaisquer danos causados ao passageiro.

Com relação à responsabilidade civil, o fundamento principal para se conferir responsabilidade objetiva ao transportador aéreo é a existência da cláusula de incolumidade, a qual está implícita no contrato de transportes e, nada mais é do que a obrigação tacitamente assumida pelo transportador de conduzir o passageiro incólume ao local do destino, configurando uma obrigação de resultado.

No contrato de transporte de pessoas, o objeto principal é o próprio transporte da pessoa, sendo o transporte de sua bagagem, acessório, ficando, no entanto, como acima citado, o transportador responsável por obrigação de resultado para com a pessoa, e, tacitamente, também, para com sua bagagem, pois a regra básica é de que o acessório segue o principal. Lembrando que a ausência de resultado importa no inadimplemento e, conseqüente, responsabilidade pelo dano ocasionado.

Importante ainda mencionar que se aplicam subsidiariamente ao contrato de transportes, os preceitos de tratados e convenções internacionais, e ainda a legislação especial, nas condições estabelecidas pelo art. 732 do Código Civil:

Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais. (BRASIL, 2002)

Apesar dessa disposição do art. 732 do Código Civil, a doutrina é assente em afirmar que não há hierarquia entre a legislação brasilei-

ra e os tratados e convenções internacionais que ingressam no direito interno, havendo, entretanto, hierarquia entre todos eles e a Constituição Federal, não podendo haver qualquer lei, tratado ou convenção internacional que contrarie os preceitos da Carta Magna. Sendo assim, oportuno mencionar o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

Não há prevalência hierárquica do tratado sobre o direito interno, nem deste sobre o tratado internacional. Em consequência, estão no mesmo nível o tratado e a Lei Federal. De tal sorte, um tratado internacional que, em matéria de transportes, contiver, futuramente, disposições conflitantes com as do Código Civil haverá de revogar os preceitos deste, como o Código terá revogado regras de tratado anterior nas mesmas condições. Observa-se, *in casu*, o princípio *Lex posterior derogat priori*. (THEODORO JÚNIOR apud GONÇALVES, 2008, p. 457)

Por outro lado, é necessário estabelecer os limites do contrato de transporte para que fique claro a partir de que momento e até quando o transportador é responsável por quaisquer danos ocorridos aos passageiros. Sendo assim, o transportador só será responsável pelos danos causados aos passageiros se ocorridos dentro da vigência do contrato, que se dá a partir do momento em que o indivíduo entra na estação de embarque até o momento em que deixa o veículo e atravessa o portão de saída da estação de desembarque.

Então, assim delineada a vigência do contrato de transportes, haverá excludente de responsabilidade civil do transportador quando ocorrer força maior, conforme redação do art. 734 do Código Civil de 2002: “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.” (BRASIL, 2002).

Apesar de o Código Civil apenas trazer expressamente como excludente de responsabilidade civil do transportador, no transporte

de pessoas, a força maior, há entendimento doutrinário, a exemplo de Maria Helena Diniz, de que a culpa exclusiva da vítima também exime o transportador da responsabilidade civil, tendo em vista que em ambos os casos há quebra do nexo de causalidade, vejamos: “Se o viajante sofrer prejuízo por culpa sua, p. ex., por ter debruçado fora das janelas, estando o veículo em movimento, o condutor não será responsabilizado por isso.” (DINIZ, 2002, p. 416).

Há uma ocasião, prevista pelo Código Civil, em que não há exclusão da responsabilidade do transportador, no entanto, há uma redução no valor total da indenização que por ele será pago ao passageiro, que é em caso deste não seguir as normas estabelecidas pelo transportador, as quais podem estar afixadas no bilhete ou em qualquer outro local à vista do usuário.

Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

Parágrafo único. **Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.** (BRASIL, 2002) (grifo nosso)

No tocante ao fato de terceiro, esta excludente de responsabilidade não é aplicável no transporte de pessoas, sendo o transportador responsável por qualquer dano causado ao passageiro durante a vigência do contrato de transporte, mesmo que o dano tenha sido causado por terceiro, pois, como já mencionado anteriormente, o transportador tem a obrigação de levar o passageiro incólume ao seu local de destino. Nesse sentido é a disposição do artigo 735 do Código

Civil. No entanto, nesses casos, assiste ao transportador o direito de regresso contra o culpado pelo dano causado ao seu passageiro.

4 A RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR AÉREO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTES

Antes de falar acerca das Convenções de Montreal e Varsóvia, do Código Brasileiro da Aeronáutica, do Código Civil e do Consumidor, é importante fazer algumas ponderações sobre temas trazidos pela Portaria 676/CG-5 de 2000 que trata do transporte aéreo doméstico de pessoas e coisas.

De início, logo nos seus primeiros artigos, o regulamento esclarece que o transporte aéreo de pessoas é feito mediante contrato de transportes e que é o bilhete o instrumento de prova da existência desse contrato, sendo esse pessoal e intransferível.

O presente regulamento também traz em seu artigo 61 quais os deveres dos passageiros, antes, durante e após o voo¹.

Outro aspecto imprescindível de ser abordado e que está presente no Regulamento é justamente o tema central deste trabalho, a responsabilidade civil do transportador aéreo:

Art. 66 - O transportador responde pelos danos ao passageiro, bagagem e carga, ocorridos durante a execução do contrato de

1 Art. 61º - São deveres dos passageiros: a) apresentar-se, para embarque, munido de documento legal de identificação na hora estabelecida pelo transportador no bilhete de passagem; b) estar convenientemente trajado e calçado; c) obedecer os avisos escritos a bordo ou transmitidos pela tripulação; d) abster-se de atitude que cause incômodo, desconforto ou prejuízo aos demais passageiros; e) não fumar a bordo; f) manter desligados aparelhos sonoros, eletrônicos e de telecomunicações, que possam interferir na operação da aeronave ou perturbar a tranquilidade; g) não fazer uso de bebidas que não sejam aquelas propiciadas pelo serviço de comissária da empresa transportadora; h) não conduzir artigos perigosos na bagagem; i) não acomodar a bagagem de mão em local de trânsito dos passageiros ou em locais que interfiram nas saídas de emergência; j) manter sob sua guarda e vigilância, enquanto permanecer no terminal de passageiros, toda a sua bagagem devidamente identificada; l) não transportar bagagem que não seja de sua propriedade ou que desconheça o seu conteúdo. (BRASIL, 2000)

transporte. Parágrafo único. É nula toda cláusula tendente a exonerar o transportador ou que estabeleça limite de indenização inferior ao que determina o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Art. 67 - A execução do contrato de transporte compreende as operações de embarque e desembarque, além das efetuadas a bordo da aeronave.

§ 1º - Considera-se operação de embarque a que se realiza desde quando o passageiro, já despachado no aeroporto, transpõe o limite da área destinada ao público em geral e entra na respectiva da aeronave, abrangendo o percurso feito a pé, por meios mecânicos ou com a utilização de viaturas.

§ 2º - A operação de desembarque inicia-se com a saída de bordo da aeronave e termina no ponto de interseção da área interna do aeroporto e da área aberta ao público em geral. (BRASIL, 2000)

Conforme já explanado, o transportador é responsável pelos danos causados ao passageiro no decorrer de todo o contrato de transporte, que, de acordo com o artigo 67 supracitado, compreende desde o embarque, operações a bordo, até o desembarque do passageiro. No entanto, a questão da indenização deve obedecer ao Código de Defesa do Consumidor, ao Código Civil e à Carta Magna, não havendo que se falar em tarifação do valor da indenização como previsto nesse diploma e no Código da Aeronáutica e nas Convenções abaixo especificadas, mas sim, indenização integral.

Conforme ensinamentos de Roque (2009, p. 58) em uma reunião realizada em 1929, em Varsóvia, capital da Polônia, ficou estabelecido o estatuto de conhecido como “Convenção de Varsóvia”, o qual somente foi ratificado pelo Brasil muitos anos depois, sendo promulgado pelo Decreto nº 2.860, de 7 de dezembro de 1998.

Esta Convenção disciplina a exploração das atividades de transporte aéreo de caráter empresarial, em âmbito internacional. O que se buscou, na verdade, com a edição desta, foi uma unificação das nor-

mas sobre o transporte aéreo no cenário internacional, englobando o maior número de países possíveis.

Como é cediço, não só no Direito, mas também em todos os ramos do saber, a sociedade está em constante movimento, possuindo sempre novos anseios e necessidades, em razão disso, a Convenção de Varsóvia precisou ser atualizada para acompanhar a evolução da sociedade bem como o avanço da tecnologia.

Vieram para atualizar a Convenção de Varsóvia, entre outros, a Convenção de Haia de 1995 e a Convenção de Montreal de 1999, que foi transformada em Lei brasileira, após aprovação por meio do Decreto Legislativo nº 59/2006 e promulgação pelo Decreto nº 5.910/2006, sendo esta a versão da Convenção de Varsóvia vigente nos dias atuais, podendo ser chamada tanto de Convenção de Varsóvia quanto de Convenção de Montreal.

A Convenção de Montreal possui um vasto âmbito de aplicabilidade, abrangendo todo o transporte aéreo internacional, seja ele de passageiros, de bagagem ou de carga, desde que realizado por empresa de transporte aéreo, mediante remuneração. Impende ressaltar que aquele transporte onde não há remuneração, no entanto, o transportador afigure qualquer vantagem econômica, não é considerado gratuito.

Ressaltando que sua aplicabilidade se dá independente de ser o transporte aéreo público, que é a regra na maioria dos países, ou privado, como ocorre nos Estados Unidos e no Brasil, pois como o serviço tem natureza pública, ele é prestado pelo particular através de concessão.

Com relação à responsabilidade civil da empresa de transporte aéreo, ela se dará se houver inadimplemento contratual da empresa, causando prejuízos ao passageiro. São alguns dos artigos da Convenção de Montreal que retratam essa questão da responsabilidade civil do transportador aéreo em decorrência de acidente e a limitação do valor da indenização:

Artigo 17 – Morte e Lesões dos Passageiros – Dano à Bagagem

1. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque.

Artigo 21 – Indenização em Caso de Morte ou Lesões dos Passageiros

1. O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do Artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro. (BRASIL, 2006)

Diante da leitura pormenorizada dos artigos supracitados é possível perceber que não há necessidade da prova de dolo ou culpa do transportador para que haja o dever de indenizar, bastando a existência do dano e do nexos causal (que neste caso se dá com a simples prova de que o dano ocorreu “a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque e desembarque”). No entanto, resta claro que a responsabilidade objetiva do transportador está limitada ao valor de 100.000 (cem mil) DES² por passageiro.

Imprescindível abordar essa questão da limitação do valor da indenização prevista pela Convenção de Montreal. Nesse ponto, esta Convenção não pode ser aplicada no direito brasileiro, no entanto, não somente por contrariar o Código Civil ou o do Consumidor, mas principalmente, por ir de encontro à previsão constitucional, como abaixo expresso:

2 DES é o índice adotado para o cálculo da indenização, é a moeda adotada pelo FMI (Fundo Monetário Internacional) em substituição ao dólar-ouro, sendo introduzido nos transportes aéreos a partir da Convenção de Montreal. Oportuno salientar que esta Convenção limitava o valor da indenização por quaisquer danos causados ao passageiro em 100.000 DES, que quando da elaboração da Convenção de Montreal, estava cotado em US\$1,30.

Art. 37

[...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

De acordo com o conteúdo do parágrafo supramencionado, possível entender o motivo pelo qual não há possibilidade de limitar a indenização, pois ele dispõe que além das pessoas jurídicas de direito público, “as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” e, como já visto, as empresas de transporte aéreo no Brasil são privadas, mas prestam serviços públicos por meio de concessão, residindo neste ponto o fundamento jurídico constitucional que impossibilita a indenização tarifada.

A Convenção de Montreal, assim como ocorre no Direito Civil Brasileiro, traz hipóteses de excludentes de responsabilidade civil, como abaixo discriminado:

Artigo 21 – Indenização em Caso de Morte ou Lesões dos Passageiros

[...]

2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se prova que:

- a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou
- b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro. (BRASIL, 2006)

É visível a diferença existente entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor em face da Convenção de Montreal, no tocante às excludentes de responsabilidade em decorrência de danos causados pelas empresas de transporte aéreo, em razão de acidentes, pois enquanto nos dois primeiros não há exclusão de responsabilidade por fato exclusivamente de terceiro, cabendo, no entanto, ação regressiva, na Convenção, está expressamente previsto no art. 21, 2, b, o fato de terceiro como excludente de responsabilidade.

Diante dessa divergência, devem prevalecer as normas constantes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, não por serem hierarquicamente superiores às convenções internacionais, mas, em razão da previsão constitucional exarada no §6º do art. 37, já comentada.

No Brasil foi editado o Código Brasileiro de Aeronáutica, que traz as normas de organização do tráfego aéreo brasileiro, prevendo, dentre outros, os limites do espaço aéreo brasileiro e como este deve ser utilizado, a infraestrutura aeronáutica, a proteção e segurança dos voos, o registro aeronáutico brasileiro, as empresas aéreas, os passageiros, as aeronaves, a responsabilidade civil, etc.

No tocante à responsabilidade civil das empresas de transporte aéreo, o Código Brasileiro de Aeronáutica segue as disposições da Convenção de Montreal, estabelecendo indenização tarifada para o caso de danos causados aos passageiros de empresas aéreas, inclusive quando da ocorrência de acidentes, pois assim como nos demais contratos de transporte, existe uma cláusula de incolumidade, que obriga o transportador a levar o passageiro, bagagens e carga até o seu destino final, incólume, caso contrário, se dará o inadimplemento da obrigação, gerando o dever de indenizar.

Abaixo, alguns artigos do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre a responsabilidade civil do transportador:

Art. 246. A responsabilidade do transportador, por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte, está sujeita aos limites estabelecidos neste Título.

Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente:

I – de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque;
II – de atraso do transporte aéreo contratado.

[...]

Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN. (BRASIL, 1986)

Como já ressaltado, é entendimento consolidado a impossibilidade de indenização tarifada em decorrência de danos causados aos passageiros em acidentes aéreos, não sendo aplicável também, por isso, a limitação da indenização prevista no art. 257 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Apesar da limitação de indenização trazida por este Código, o seu artigo 248 afirma que não deve haver aplicação de limites à indenização em caso de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos. Vejamos:

Art. 248. Os limites de indenização, previstos neste Capítulo, não se aplicam se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, ocorre o dolo ou culpa grave quando o transportador ou seus prepostos quiseram o resultado ou assumiram o risco de produzi-lo.

§ 2º O demandante deverá provar, no caso de dolo ou culpa grave dos 48S48postos, que estes atuavam no exercício de suas funções. (BRASIL, 1986)

O Código Brasileiro de Aeronáutica também traz expressamente algumas excludentes de responsabilidade do transportador aéreo, mas somente em caso de culpa exclusiva da vítima ou de seu estado de saúde, e ainda por força maior ou determinação da autoridade aeronáutica, as quais estão dispostas no §1º do art. 256.

Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente:

I – de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque;
II – de atraso do transporte aéreo contratado.

§ 1º O transportador não será responsável:

a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva;
b) no caso do item II, se ocorrer motivo de força maior ou comprovada determinação da autoridade aeronáutica, que será responsabilizada. (BRASIL, 1986)

O artigo 256 ainda prevê em seu §2º a extensão da responsabilidade do transportador aéreo:

§ 2º A responsabilidade do transportador estende-se:

a) a seus tripulantes, diretores e empregados que viajarem na aeronave acidentada, sem prejuízo de eventual indenização por acidente de trabalho;
b) aos passageiros gratuitos, que viajarem por cortesia. (BRASIL, 1986)

Assunto interessante também a ser tratado diz respeito à responsabilidade civil quando o transporte é realizado por mais de um transportador ou ainda quando o contrato de transporte é feito com um transportador, mas realizado por outro. Para isso, se faz necessário mencionar também alguns artigos da Portaria 676/GC-5 de 13 de novembro de 2000, vejamos:

Art. 70 - Quando o transporte for efetuado por mais de um transportador, o interessado só terá ação contra aquele que efetuou o transporte no curso do qual ocorreu o fato que originou o direito à reparação, salvo se o primeiro transportador assumiu expressamente a responsabilidade por todo o percurso.

Parágrafo único. Se não puder ser identificado o transportador que efetuou o transporte, o interessado terá ação contra o que emitiu o bilhete de passagem, a nota de bagagem ou o conhecimento.

Art. 71º - Quando o transporte for contratado com um transportador para ser efetuado por outro, podem ser responsabilizados tanto um quanto o outro pelo pagamento da indenização. (BRASIL, 2000)

Como restou observado, não restam dúvidas de que a responsabilidade civil no referido diploma é, em regra, objetiva, amparada na teoria do risco do empreendimento, possuindo o fornecedor de produtos e serviços a obrigação o dever de assegurar a eficiência destes, para só então lançá-los no mercado. Não podia ser diferente ao tratar do dano causado pelo transportador aéreo em decorrência de acidentes, pois, para o Direito do Consumidor, a relação existente entre transportador e passageiro trata-se de típica relação de consumo. A jurisprudência³ também é assente com o entendimento acima disposto.

3 CÍVEL. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO. RELAÇÃO DE CONSUMO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. 1. A hipótese narrada nos autos descreve uma falha na prestação de serviços, aplicando-se, pois, à espécie o disposto no artigo 14 do

Além disso, como já mencionado, por ser o contrato de transportes de adesão, há mais um motivo para aplicação do Código de Defesa do Consumidor, afinal o consumidor nessa relação é a parte hipossuficiente, por isso clara está a necessidade da aplicação deste código a esta relação como forma de amenizar as diferenças existentes entre as partes. Vejamos o entendimento da Corte Superior deste país:

CIVIL. TRANSPORTE **AÉREO**. CARGA. MERCADORIA. EXTRAVIO. TRANSPORTADOR. **INDENIZAÇÃO INTEGRAL**. CDC. APLICAÇÃO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. AFASTAMENTO. 1 - A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador **aéreo**, seja em viagem nacional ou internacional, responde (**indenização integral**) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente **acidente aéreo**, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a **indenização** tarifada. 2 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença. (STJ. RESP 552553. Quarta Turma. Rel. Fernando Gonçalves. Publicada em 01/02/2006)

Importante esclarecer a visão do Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito à sua incidência nos danos decorrentes do transporte aéreo, citando, para tanto, o seu artigo 22 e parágrafo único:

CDC, o qual imputa responsabilidade objetiva ao fornecedor com fundamento na teoria do risco do empreendimento.² É pacífico o entendimento dos diversos Tribunais no sentido de compelir as empresas aéreas em indenizar os passageiros pelos constrangimentos causados, concernente ao extravio da bagagem. Inclusive, nesse mesmo sentido é o enunciado nº 45 da Súmula deste Egrégio Tribunal de Justiça:³ Plenamente cabível a reparação a título de danos morais, que no caso foram arbitrados de forma razoável e adequada, conforme os precedentes desta Corte. Isto porque o arbitramento do valor reparatório deve atuar tão somente como compensação suficiente para reparar a lesão extrapatrimonial sofrida pela parte ofendida. AGRAVO INOMINADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-RJ. AC 0009577-92.2008.8.19.0203. Décima Terceira Câmara Cível. Rel. Des. Márcia Alvarenga. Julgamento em 14/04/2010)

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (BRASIL, 1990)

Impende acrescentar ainda que o prazo de prescrição de ações relacionadas a acidente aéreo, uma vez demonstrada a relação de consumo entre o transportador e aqueles que sofreram o resultado do evento danoso, é regido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AÉREO. PESSOA EM SUPERFÍCIE QUEALEGA ABALO MORAL EM RAZÃO DO CENÁRIO TRÁGICO. QUEDA DE AVIÃO NASCERCANIAS DE SUA RESIDÊNCIA. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. ART. 17 DO CDC. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL DE 1916. INAPLICABILIDADE. CONFLITO ENTRE PRAZO PREVISTO NO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA (CBA) E NO CDC. PREVALÊNCIA DESTE. PRESCRIÇÃO, TODAVIA, RECONHECIDA. 1. A Segunda Seção sufragou entendimento no sentido de descaber a aplicação do prazo prescricional geral do Código Civil de 1916 (art. 177), em substituição ao prazo específico do Código de Defesa do Consumidor, para danos causados por fato do serviço ou produto (art. 27), ainda que o deste seja mais exíguo que o daquele (Resp489.895/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/3/2010). 2. As vítimas de acidentes aéreos localizadas em superfície são consumidores

por equiparação (bystanders), devendo ser a elas estendidas as normas do Código de Defesa do Consumidor relativas a danos por fato do serviço (art. 17, CDC). 3. O conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica - que é anterior à CF/88 e, por isso mesmo, não se harmoniza em diversos aspectos com a diretriz constitucional protetiva do consumidor -, deve ser solucionado com prevalência daquele (CDC), porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte no seu desígnio de e conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista. Precedente do STF. 4. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1281090 SP 2011/0197678-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/02/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2012)

Em suma, buscando-se uma solução para os acidentes aéreos no Código de Defesa do Consumidor é possível perceber que o legislador procurou enaltecer a presença do princípio da segurança, bem como da indenização integral relativa ao dano considerando a responsabilidade objetiva do fornecedor, afinal, nas relações de consumo, em regra, o consumidor está em desvantagem ante ao fornecedor e, nesse caso, não é diferente, pois além de o fornecedor - empresas de transporte aéreo - possuir mais condições econômicas, é ele quem domina os conhecimentos técnico e legal, bem como todas as demais informações acerca do assunto.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho levou em consideração os principais aspectos que envolvem a responsabilidade civil como um todo, bem como aqueles referentes às empresas de transporte aéreo em decorrência de acidentes.

Da sua leitura, é possível absorver a ideia de que a responsabilidade civil do transportador aéreo em face da ocorrência de acidentes é de natureza objetiva, baseada na teoria do risco do empreendimento, pois este explora o risco da atividade, possuindo o dever de colocar no mercado serviço de qualidade e eficiência.

Como anteriormente demonstrado, a responsabilidade do transportador prescinde de um contrato (o qual não existe no transporte gratuito), pois é este que vai gerar a obrigação de resultado, qual seja a de transportar o passageiro incólume ao seu destino final, graças à existência da cláusula de incolumidade, mediante a qual as empresas de transporte têm a obrigação de levar incólumes tanto pessoas, quanto cargas ao destino final contratado.

Analisando o Código Civil, o Código do Consumidor, o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia ou de Montreal, nota-se a divergência existente entre os dois primeiros e os dois últimos no tocante à indenização devida ao passageiro lesado ou seus sucessores, pois no Código Civil e no do Consumidor a indenização é prevista de forma integral enquanto no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Convenção de Montreal de forma tarifada. A solução para este conflito foi encontrada na Constituição Federal, pois o transporte aéreo no Brasil é um serviço público prestado por particulares mediante concessão do poder público, em razão disso, assim como nos demais serviços públicos, em caso de dano, cabível a indenização integral, já que a Constituição não dispõe sobre limitação de valor, cabendo, no entanto, direito de regresso quando houver dolo ou culpa de terceiros.

Ficou demonstrado ainda que somente em caso de culpa exclusiva da vítima ou de fortuito, ocorre a quebra do nexo causal, eximindo-se o transportador de qualquer indenização, visto que estava fora de seu alcance evitar o dano. As demais excludentes de responsabilidade não são aplicadas aos contratos de transportes.

Outro ponto importante abordado foi o fato de o contrato de transporte ser tratado no Brasil como uma relação de consumo, consolidan-

do o princípio da segurança, garantindo, também, com isso, a indenização integral em caso de dano ao consumidor passageiro, já existindo, inclusive, inúmeras decisões jurisprudenciais neste sentido.

Também foi visto que no caso de transporte realizado por mais de uma empresa aérea a responsabilidade por indenizar em caso de ocorrência de acidente, será, em regra, daquele responsável pelo trecho onde ocorrer o acidente, isso quando a outra empresa não se responsabilizar por todo o trajeto. E ainda, que haverá responsabilidade solidária quando o consumidor celebrar o contrato de transporte aéreo com uma empresa, no entanto o este for realizado por uma terceira.

Em síntese, diante de toda a pesquisa realizada, restou comprovado que o transportador aéreo possui responsabilidade objetiva, indenizando o passageiro integralmente quando da ocorrência de quaisquer danos durante a execução do contrato de transporte aéreo, ressaltando-se que a mesma responsabilidade vai ocorrer em qualquer outro tipo de transporte em que haja concessão do poder público ao particular para garantir à sociedade a prestação desse serviço público.

REFERÊNCIAS

BENJAMIM, Antônio Herman V. *et al.* **Manual de Direito do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor à Luz da Jurisprudência do STJ**. 5. ed. Bahia: Editora *JusPodivm*. 2010

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 06 out. 2016.

BRASIL. **Código Brasileiro de Aeronáutica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em: 09 de out. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 2.860 de 7 de dezembro de 1998**. Promulga os Protocolos Adicionais nºs 1 e 2, assinados em Montreal, em 25 de setembro de 1975, que modificam a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, concluída em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929, e emendada pelo Protocolo celebrado na Haia, em 28 de setembro de 1955, com a reserva constante do Artigo X, do Protocolo nº 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2860.htm. Acesso em: 09 de out. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006**. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5960.htm. Acesso em: 09 de out. 2016.

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. Acesso em: 09 de out. 2016.

BRASIL. **Portaria 676/GC-5 de 13 de novembro de 2000**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/passageiros/arquivos/port676gc5.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jspnewsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=. Acesso em 08 out. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. (TJ-RJ. AC 0009577-92.2008.8.19.0203. Décima Terceira Câmara Cível. Rel. Des. Márcia Alvarenga. Julgamento em 14/04/2010) Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/jurisprudencia/selecao/consumidor/dano_moral_empresas.pdf. Acesso em: 10 de out. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Editora *JusPodivm*. 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora *Impetus*. 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2007.

Ronald Nascimento de Jesus

Técnico do Ministério Público do Estado de Sergipe. Graduado em Física Licenciatura pela Universidade Federal de Sergipe. Graduado em Gestão de Recursos Humanos pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE. Pós-Graduado em Gestão Previdenciária e Regimes Próprios de Previdência pela Faculdade Unyleya.

EFEITOS DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (TI) NA GESTÃO DO REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO

1. INTRODUÇÃO

É perceptível o fato de que nas últimas décadas soluções baseadas em Tecnologia da Informação (TI) passaram a ser um componente cada vez mais indispensável à realidade das organizações, como importante ferramenta de apoio à gestão.

Por certo, a utilização dessas soluções é capaz de gerar um conjunto variado de benefícios, desde a agilização de processos, até a integração entre os órgãos que atuam coordenadamente na gestão, além de auxiliar no processo decisório e contribuir para a maior confiabilidade das informações.

Ciente disso, o setor público, em específico, passou a considerar a TI como aliada para inovar processos e minimizar sua rigidez burocrática, frente a uma sociedade cada vez mais exigente, interativa e participativa, uma vez que, para Resende (2013), “[...] inovação pode ser interpretada como sendo a busca, descoberta, experimentação, desenvolvimento, imitação e adoção de melhorias em produtos, serviços, processos e técnicas organizacionais”, ou seja, o uso efetivo de soluções em TI tornou-se essencial para a melhoria da qualidade dos serviços prestados.

Por conseguinte, a utilização dessas soluções na gestão previdenciária gera impactos significativos no que concerne à melhoria na con-

secução dos seus processos. Porém, para entender essa relação, é importante definir como está dividido o sistema previdenciário no País.

Segundo Ramos (2012):

O sistema previdenciário brasileiro assenta-se em três pilares: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o Regime Complementar e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). Este, em particular, administra o conjunto de normas e de recursos específicos para cumprir as obrigações previdenciárias devidas aos servidores públicos titulares de cargos efetivos.

Disso, para Dahas (2013 apud ANDRADE, 2011), “o Regime Próprio de Previdência, é o sistema de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a servidor titular de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no artigo 40 da CR/88”, a saber:

Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Para a regulamentação desse Regime foi publicada a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998 e normas correlatas estabelecendo os princípios balizadores para a criação do RPPS em cada Ente Federativo (União, Distrito Federal, Estados e Municípios).

Dito isso, os Institutos de Previdência, como entidades responsáveis por gerir a previdência dos servidores públicos efetivos, no que diz respeito à concessão de benefícios previdenciários inclusive,

precisam criar e manter mecanismos para aperfeiçoar as suas rotinas. Ergo, eis o que diz Couto (2012):

É crescente a preocupação por parte dos gestores, com o tempo abrangido nesse processo, principalmente para evitar a insatisfação dos servidores que aguardam para que suas solicitações sejam atendidas e também a provável desmotivação dos servidores que atuam no processo devido à sobrecarga de trabalho. Em consequência das razões acima citadas torna-se necessário um conjunto de ações que facilitem a agilidade e eficiência dos processos.

Nesse ponto, adotar soluções em TI pode contribuir substancialmente para o desenvolvimento de boas práticas e consequente prestação de um serviço público ágil e de qualidade pautado na tecnologia. Diminuir o fluxo de documentação analógica (papéis) e processos manuais, substituindo-os por documentos e processos eletrônicos, revestidos das condições de segurança, correção e transparência, é uma das ações de melhorias promovidas pela utilização dessas soluções na gestão do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS.

2. TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO NO APRIMORAMENTO DO RPPS

Com a emergência da Era da Informação, também conhecida como Era Digital ou Era Tecnológica, iniciada, basicamente, a partir da década de 90, profundas transformações políticas, econômicas e sociais repercutiram nas organizações e pessoas, introduzindo efeitos que são sentidos nas mais diversas escalas, desde a dinâmica econômica mundial até as relações cotidianas de trabalho.

Graças ao impacto provocado pelo notável avanço tecnológico inaugurado nessa década, o acesso à informação constituiu-se um po-

deroso instrumento tanto para as organizações do setor privado quanto para as do setor público, especialmente por auxiliar os seus gestores na tomada de decisões cruciais, considerando-se a constância, velocidade e segurança com que a informação é capaz de fluir, tornando-a, em razão disso, gradativamente indispensável na atualidade.

Informação que, segundo Souza (2013), é um dos principais motores da atividade humana, sendo a principal causa da existência das organizações, pois independentemente de sua natureza, tamanho ou atividades elas necessitam de informações para executar e prosseguir com suas missões, cumprindo os seus objetivos.

Para tanto, conforme Souza (2013), a utilização de novas tecnologias tem sido considerada de total importância, principalmente a utilização da Tecnologia da Informação (TI), que já está presente no dia-a-dia das organizações, provocando transformações profundas, a ponto de modificar a estrutura organizacional, as relações de trabalho, o perfil do trabalhador e a cultura da organização. Esse entendimento é compartilhado por Meneghelli (2008), quando afirma que sem a Tecnologia da Informação (TI), as organizações tornam-se lentas e inoperáveis dentro dos padrões exigidos pela nova ordem.

Não indiferente, para Rezende (2007), atualmente é impossível às organizações não considerarem a adoção do uso da TI na condução de seus negócios, pois é fundamental para as organizações melhorarem suas performances, seja na agilidade, na efetividade ou, ainda, na inteligência organizacional.

Nesse ponto, para fins de conceituação, Zenone (2007) define a Tecnologia da Informação, ou simplesmente TI, como sendo um “conjunto de recursos não humanos dedicados ao armazenamento, processamento e comunicação da informação, e a maneira como esses recursos estão organizados num sistema capaz de executar um conjunto de tarefas”.

Conceito que Rezende e Abreu (2001) complementam ao dizer que “Tecnologia da Informação são recursos tecnológicos e computa-

cionais para geração e uso da informação”, essencial no processo de tomada de decisões.

Desse relato, deduz-se que o principal motivo pelo qual as organizações utilizam a TI é a busca de vantagens para a consecução dos seus objetivos e, conseqüentemente, o cumprimento da sua missão. Procura-se através da sua utilização obter essas vantagens pela redução de custos através da modernização e aumento da eficiência de processos, melhorando a qualidade das informações disponíveis.

Essa ideia é reforçada pelo que também afirmam Rezende e Abreu (2001) quando dizem que de forma permanente as organizações buscam a adequação e ajustes entre suas funções e operações cotidianas e as necessidades reais e efetivas do meio ambiente interno e externo em que estão inseridas por meio de decisões e ações de seus gestores.

Nesse contexto, a TI abre inúmeras possibilidades de compatibilização entre necessidades e realidades diversas, de modo que é difícil imaginar uma organização que, de alguma maneira, não confie na TI como uma razão fundamental para o seu sucesso.

Outra constatação é que o setor público não ficou impassível a essas mudanças. Ao longo das últimas décadas, a TI vem provocando profundas alterações e assumindo um papel importantíssimo também nas organizações públicas.

A adoção da TI, no âmbito do setor público, tem se estabelecido como uma condição operacional básica de sobrevivência do Estado frente aos desafios atuais de desempenho (MOREIRA e MAIA, 2013), isto é, a TI tornou-se essencial para que as organizações públicas cumpram suas missões institucionais.

Assim, não é novidade o fato de que a Administração Pública vem buscando melhorar desde o seu relacionamento com o cidadão até os seus processos administrativos. Através da utilização da TI é possível obter uma boa prestação de serviço ao cidadão, pois o acesso a informações em tempo real torna-se primordial para os gestores tomarem decisões que terão vital importância para o cumprimento

do seu objetivo principal que é servir cada vez melhor o cidadão no papel de cliente/usuário, já que para Carrijo e Alvarenga (2011):

Para atender as necessidades dos cidadãos quanto ao cumprimento da normatização imposta pelo Estado, bem como também quanto ao que lhe é de direito, faz-se necessário a existência e atuação da organização pública que, através do exercício dos seus agentes, trabalhará para a consecução dos propósitos de um governo.

Esse cliente, o cidadão, torna-se cada dia mais exigente, projetando a expectativa de qualidade na prestação de serviços que experimentam na iniciativa privada para o setor público. Para atender essa demanda, as organizações públicas devem contar diuturnamente com a ajuda da TI.

Assim, essa expectativa do cidadão somente é alcançada quando há investimentos em tecnologia, inovação e inteligência incorporada ao valor dos serviços oferecidos, pois acredita-se que o investimento em TI é o responsável direto por melhorias nas atividades das organizações públicas.

Porém, de um modo geral, as organizações públicas apresentam características que as diferenciam daquelas pertencentes à iniciativa privada. Na administração privada o foco é sempre o resultado, normalmente o lucro, o que não pode ser imposto na área pública, pois esta tem como finalidade o bem coletivo, preocupação que não está inserida explicitamente na administração privada.

Ainda abordando a diferença entre a iniciativa privada e o setor público, Robertson e Seneviratne (1995 apud SUZART et al., 2011) descrevem que as mudanças organizacionais, tais como processos, tecnologia e outros, são mais difíceis de serem realizadas no setor público, pois, segundo esses autores, a grande politização e burocratização das organizações públicas convertem estas mudanças em processos bastante lentos.

Essas características influenciam diretamente em todas as atividades dessas entidades, inclusive na tomada de decisões. Por conta disso e justamente na busca pela eficiência, é que a Administração Pública vem reagindo na tentativa de desburocratizar o andamento dos processos, dando agilidade sempre que possível e suprimindo medidas ineficazes, que só servem para dar morosidade e complexidade aos resultados.

Visando reverter esse quadro e quebrar a estrutura e cultura burocráticas, características comuns à maioria das organizações públicas, esperando transformá-las em organizações mais efetivas e eficientes, a utilização da TI está sendo incorporada gradativamente em todos os níveis da Administração Pública direta e indireta, tanto federal quanto estadual e, especialmente municipal, em todos os escalões e níveis da estrutura organizacional das entidades públicas (SILVA et al., 2004).

Nas organizações públicas de caráter previdenciário, seja o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou o Regime Próprios de Previdência Social (RPPS), que, após a reforma previdenciária ocorrida em 1998, têm sido implantado em todo o território nacional, o cenário não é diferente.

Percebe-se que os recursos de TI constituem importantes instrumentos de apoio à gestão desses Regimes, ao possibilitar maior alcance na oferta de serviços e a formalização de novos espaços para o exercício da cidadania, aproximando Estado e cidadãos.

Atualmente, a Previdência Social mantém um conjunto significativo de bases de dados, cuja grandiosidade pode ser medida tanto pelas suas dimensões de volume quanto pela diversidade de suas fontes de alimentação. Em função dessa capilaridade, a incorporação de recursos de TI consiste em valiosos e imprescindíveis instrumentos que apoiam e viabilizam o alcance das políticas e o cumprimento da missão a que se propõe a Previdência Social.

Impulsionada por essa realidade, já constatando a necessidade de maior investimento em recursos no desenvolvimento de soluções apoiadas em TI, a Previdência Social constituiu uma empresa para

atendê-la nas suas necessidades informacionais, qual seja a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev).

A Dataprev é uma empresa pública brasileira, vinculada ao Ministério da Previdência Social. É responsável pela gestão da base de dados sociais brasileira, especialmente a do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Estes três órgãos compõem, basicamente, o sistema de previdência social brasileiro.

Essa Empresa tem sua origem nos centros de processamento de dados dos institutos de previdência existentes no Brasil em 1974. Denominada, inicialmente, como Empresa de Processamento de Dados da Previdência, a Dataprev foi instituída pela Lei nº 6.125, de 04 de novembro de 1974, constituindo-se como suas finalidades, conforme dispõe o artigo 2º, “[...] a análise de sistemas, a programação e execução de serviços de tratamento da informação e o processamento de dados através de computação eletrônica, bem como a prestação de outros serviços correlatos”.

E, como estabelece o seu Estatuto, em seu artigo 4º,

A DATAPREV tem por objetivo estudar e viabilizar tecnologias de informática, na área da previdência e assistência social, compreendendo prestação de serviços de desenvolvimento, processamento e tratamento de informações, atividades de teleprocessamento e comunicação de dados, voz e imagem, assessoramento e assistência técnica no campo de sua especialidade, bem como o desempenho de outras atividades correlatas.

Segundo informações disponíveis na sua página oficial, a Dataprev defende como missão “fornecer soluções de tecnologia da informação e da comunicação para a execução e o aprimoramento das políticas sociais do Estado brasileiro”. E visa “ser o principal provedor de soluções tecnológicas para a gestão das informações previdenciárias, trabalhistas, sociais e de registros civis da população brasileira”.

Com mais de 40 anos de experiência na gestão e no desenvolvimento de soluções de TI, a Dataprev tornou-se uma referência de qualidade no processamento e no tratamento de grandes volumes de dados, sendo capaz inclusive de prestar serviços para várias outras instituições públicas, sem prejuízo de suas atividades principais e em harmonia com a política governamental.

Por conta disso, além do Ministério da Previdência Social, compõem seus principais clientes: o Ministério do Trabalho e Emprego, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria de Receita Federal do Brasil, entre outros.

Para se ter noção de sua capacidade, a Dataprev guarda e faz a gestão do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), que desde 2009 permite a concessão automática de vários direitos sociais, como aposentadoria e salário-maternidade.

De acordo com Queiroz (2009), CNIS é “um Projeto de Governo criado com o objetivo de ser uma base de dados que registre as informações necessárias para a garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores brasileiros”.

Como base de dados da Previdência Social, o CNIS possui grande volume de registro de informações. Nele encontra-se armazenadas cerca de 216 milhões de informações cadastrais de pessoas físicas e jurídicas, que somadas às informações de dados sobre vínculos, remunerações e contribuições, totalizam mais de 14 bilhões de dados, provenientes de diversas fontes de informação administradas pelo Governo.

Construído ao longo das últimas décadas, o CNIS foi progressivamente aprimorado com o uso de novas tecnologias e graças ao reconhecimento automático de direitos previdenciários por meio das informações contidas nele tornou-se possível a ideia de concessão de benefícios em até 30 minutos, figurando-se prova clara do uso da TI na oferta de serviços rápidos e eficientes, melhorando a qualidade dos serviços oferecidos ao cidadão.

Isso se tornou possível porque, com a utilização do CNIS, o segurado não precisa mais apresentar provas de que contribuiu para o Sistema e por quanto tempo, pois nele estão registradas as contribuições ao regime previdenciário e os respectivos vínculos empregatícios. Segundo dados da própria Previdência Social, estima-se que no ano de 2014, ao todo, 307.153 atendimentos sobre aposentadoria foram feitos em até 30 minutos.

Inovou-se na redução da burocracia do ato de requerimento do benefício, na inversão do ônus da prova e no acesso aos direitos previdenciários, oferecendo, assim, melhor atendimento à sociedade, na medida em que se tem um cadastro com informações atualizadas. Isso demonstra que o investimento em TI, com evidente foco no cidadão, buscou potencializar o acesso ao direito fundamental à Previdência Social na medida em que, além de permitir o cumprimento do seu papel social de proteção ao trabalhador e sua família, trouxe para a Previdência Social transparência às rotinas e ao conteúdo do trabalho desenvolvido fazendo com que, além da quantificação pelo maior número de segurados atendidos, seja efetivada a qualificação do direito social.

A par dessa evolução, a Previdência Social cada vez mais vem procurando, por meio da Dataprev, implementar e assegurar soluções em TI modernas e eficientes, necessárias ao atendimento e satisfação do cliente/cidadão, de modo que os serviços e informações oferecidos pela Previdência Social atendam às necessidades dos seus usuários internos e externos, estando disponíveis em todo o País de maneira consistente em termos de exatidão, qualidade, integridade e segurança, acessibilidade e comunicabilidade.

Nessa mesma vertente, o Ministério da Previdência Social, por intermédio da Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS) e em conjunto com a Dataprev, estão continuamente definindo, desenvolvendo e sustentando soluções em TI para a modernização e aprimoramento da gestão da Previdência Social do Servidor Público, ou seja, do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

Assim, a Previdência Social desenvolveu, em meio a outras iniciativas, um sistema informatizado para facilitar a gestão das informações do grande universo de servidores públicos, seus dependentes e pensionistas existentes no Brasil. Essa ferramenta foi batizada de Sistema dos Regimes Próprios de Previdência Social (SRPPS).

O SRPPS resume-se a um conjunto de sistemas informatizados que tem por objetivo atender aos preceitos estabelecidos nas Leis nº 9.717/98 – organização e funcionamento dos Regimes Próprios de Previdência Social – e nº 10.887/2004 – formação de Banco de dados de nível nacional – bem como melhorar a qualidade de dados dos servidores públicos, com repercussão positiva na gestão dos Entes Federativos instituidores de RPPS.

Dessarte, a Dataprev, como provedora de soluções de Tecnologia da Informação no âmbito do Sistema Previdenciário, desenvolveu o SRPPS buscando assegurar a qualidade das informações dos servidores públicos, mediante a consolidação de uma base cadastral atualizada, completa, com vistas a combater o desperdício de recursos e proporcionar maior eficiência na gestão dos RPPS.

Para atingir esse objetivo, o SRPPS, em sua plenitude, conta com um grande banco de dados dos servidores públicos, o Cadastro Nacional de Informações Sociais dos Regimes Próprios de Previdência Social (CNIS/RPPS) – similar ao CNIS destinado aos segurados do INSS – onde constam informações dos servidores públicos ativos, inativos, pensionistas e dependentes de todo o País.

O CNIS/RPPS proporcionou um enorme salto de qualidade e modernização na gestão dos Regimes Próprios, possibilitando o recebimento e armazenamento dos dados dos servidores, dependentes e pensionistas, bem como dados dos vínculos, históricos funcionais, remunerações, e benefícios destes, enviados pelos gestores dos Entes que possuem RPPS em todo País. Essas informações posteriormente retornam para o RPPS auxiliando nas tarefas e decisões dos seus gestores.

Com esse banco de dados nacional, a Previdência Social consegue monitorar a condição funcional dos servidores em todos os níveis e esfera e, em contrapartida, os RPPS são capazes de estudar as características cadastrais, funcionais e previdenciárias dos segurados, sendo possível consultar, por exemplo, se uma pessoa possui outro vínculo no serviço público a partir do cruzamento dos dados entre os Entes Federativos.

Endossando essa realidade, qual seja a utilização de soluções de TI para o aprimoramento dos RPPS com foco na melhoria da qualidade de dados do servidor público brasileiro, é imperioso mencionar também, mesmo que sucintamente, o Programa de Apoio à Modernização da Gestão do Sistema de Previdência Social (Proprev).

O Proprev tem por objetivo contribuir para a modernização da gestão do sistema previdenciário brasileiro, para torná-lo mais transparente e eficaz na prestação de serviços de seguridade e assistência social ao cidadão. O Programa foi criado, a princípio, para a modernização do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), mas logo tornou-se um projeto com a finalidade de apoiar técnica e financeiramente os entes federativos possuidores de Regimes Próprios de Previdência. Deveras, atualmente o foco do Proprev é a melhoria da gestão dos Regimes Próprios.

O Programa, financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e pelo Governo Federal, busca alternativas para o equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS, além de melhorar as bases de dados dos Regimes Próprios de Estados e Municípios. A parceria prevê, entre outras ações, o financiamento de equipamentos de informática e também treinamentos para o aprimoramento da gestão dos RPPS.

No entanto, há a ressalva de que nem todos os Entes Federativos que possuem RPPS são imediatamente contemplados, considerando que os recursos financeiros alocados para o Proprev não são suficientes para atender a grande demanda, resultando que para ser

beneficiado o Ente deve preencher critérios de seleção e habilitação estabelecidos em edital.

Por conseguinte, frente ao exposto, vê-se que por trás de todas as ações para aprimoramento dos Regimes de Previdência estão inovações fundamentais para garantir a concessão de direitos aos cidadãos e o desejo de melhorar seu tempo de resposta face às novas demandas de seus “clientes”, por meio do desenvolvimento e aperfeiçoamento da Tecnologia da Informação (TI).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível o fato de que nas últimas décadas soluções baseadas em Tecnologia da Informação (TI) passaram a ser um componente cada vez mais indispensável à realidade das organizações, como importante ferramenta de apoio à gestão.

Por certo, a utilização dessas soluções é capaz de gerar um conjunto variado de benefícios, desde a agilização de processos, até a integração entre os órgãos que atuam coordenadamente na gestão, além de auxiliar no processo decisório e contribuir para a maior confiabilidade das informações.

Como regra, notou-se que qualquer organização, seja privada ou pública, que se proponha a melhorar a qualidade dos seus produtos/serviços, agilizar os seus processos e melhorar o atendimento ao cliente/cidadão precisa, necessariamente, passar por um processo de informatização.

Nesse contexto, pode-se inferir que a Administração Pública tem procurado romper com velhos paradigmas, comuns à maioria das organizações nessa esfera, implementando novas formas de gestão sob o pilar da modernização.

De fato, nas organizações públicas de caráter previdenciário, incluindo-se o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), os recursos de TI consistem em valiosos e imprescindíveis instrumentos de

inovação, pela gestão e aprimoramento da vasta base de dados com informações dos servidores públicos, seus dependentes e pensionistas, considerando-se que os gestores desse Regime de Previdência necessitam de dados e informações precisas e em tempo hábil que os auxiliem na tomada de decisões.

Percebe-se que foi somente a partir da incorporação da TI, na modernização e aprimoramento da gestão da Previdência Social do Servidor Público, que tornou-se possível a oferta de serviços rápidos e eficientes, a exemplo do reconhecimento e concessão automática de direitos previdenciários, melhorando sensivelmente a qualidade e o tempo de resposta dos serviços prestados, face às expectativas dos segurados.

Nesse viés, entendendo-se que só é possível fazer gestão quando se tem conhecimento das informações com as quais se trabalha, viu-se que mediante a consolidação de uma base cadastral, a nível nacional, revestida das condições de segurança, correção e transparência, torna-se possível oferecer aos gestores de cada RPPS os subsídios necessários para cumprirem com as obrigações previdenciárias devidas aos seus beneficiários, frente a modernização das políticas previdenciárias ocorridas com as Leis Federais nº 9.717/1998 e nº 10.887/2008 e Emendas Constitucionais atinentes.

Logo, verifica-se que a inclusão de recursos de Tecnologia da Informação (TI) ganharam status de fator determinante para a eficiência na gestão previdenciária dos RPPS em termos de qualidade, transparência e agilidade, proporcionando conseqüentemente vida longa ao Regime Geral de Previdência Social e um melhor atendimento ao servidor público, usuário dos serviços prestados pelo RPPS.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 7.151, de 09 de abril de 2010. Aprova o Estatuto Social da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATA-

PREV. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 Abr. 2010.

BRASIL. Lei nº 6.125, de 04 de novembro de 1974. Autoriza o Poder Executivo a constituir a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 Nov. 1974.

CARRIJO, Carmen Vânia; ALVARENGA, Lúcio Ismael de. **Qualidade do atendimento prestado ao cliente-cidadão da Secretaria Municipal de Regulação Urbana de Aparecida de Goiânia: um estudo exploratório e positivo**. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/upload/paper/adm/adm_3104.pdf>. Acesso em: 29.09.2016.

COUTO, Gizelda Maria da Silveira. **Gestão de Processos: Avaliando e qualificando servidores na busca pela eficiência dos processos de concessão de aposentadorias e pensões no IPASSP-SM**. 2012. 61 p. Trabalho de Conclusão do Curso (Especialização em Gestão Pública) – Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

DAHAS, Eduardo Augusto Gonçalves. **O regime próprio de previdência social criado pela lei 9.717/98 e suas diversas inconstitucionalidades**. In: ANDRADE, Humberto Silva de. O Instituto da Desaposentação. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-fabd7d74c5d0bfa2b2ccdc802680e78b.pdf>>. Acesso em: 17.10.2016.

Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV. **Quem somos**. Disponível em: <<http://portal.dataprev.gov.br/dataprev/quem-somos>>. Acesso em: 05.10.2016.

MENEGHELLI, Leocádio. **O Ambiente das Organizações na Era da Globalização**. Disponível em: <<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev01-03.pdf>>. Acesso em: 09.10.2016.

MOREIRA, A.; MAIA, L. C. G.; **Tecnologias da informação, mudança e administração pública**. Revista de Informação. Distrito Federal: n. 2, abr. 2013. Disponível em: <http://www.luizmaia.com.br/docs/tecnologias_da_informacao_mudanca_e_administracao_publica.pdf>. Acesso em: 26.09.2016.

RAMOS, Nancy Abadia de Andrade. **Sistemas dos Regimes Próprios de Previdência Social (SRPPS)**. In: CONGRESSO DE GESTÃO PÚBLICA, 5., 2012, Brasília. **[Trabalhos apresentados]**. Brasília: CONSAD, 2012. 1-40 p.

RESENDE, Pedro. **Inovação e Gestão Pública**. Disponível em: <<http://www.fnq.org.br/informe-se/artigos-e-entrevistas/artigos/inovacao-e-gestao-publica>>. Acesso em: 17.10.2016.

REZENDE, Denis Alcides; ABREU, Aline França. **Tecnologia da Informação – Aplicada a Sistemas de Informação Empresarias**. São Paulo: Atlas, 2001.

REZENDE, Denis Alcides. **Sistemas de informações organizacionais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROBERTSON, Peter J.; SENEVIRATNE, Sonal J. **Outcomes of planned organizational change in the public sector**: a meta-analytic comparison to the private sector. *Public Administration Review*, v. 55, n. 6, p. 547-558, nov./dez. 1995. In: SUZART, Janilson Antonio da Silva; ROCHA, Joséilton Silveira da; SOUZA, Antonio Ricardo de. Os investimentos em Tecnologia no Setor Público: um modelo proposto à luz dos pressupostos da racionalidade limitada. Disponível em: <<http://goo.gl/96HBgb>>. Acesso em: 02.10.2016.

SILVA, Arídio Gomes da; RIBEIRO, José Araújo; RODRIGUES, Luiz Alberto. **Sistemas de Informação na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SOUZA, E. S. A gestão da TI dentro do serviço público. In: SIMPÓSIO DE EXELENÇA EM GESTÃO DE TECNOLOGIA, 10., 2013, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013. Disponível em: <<http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos13/25218236.pdf>>. Acesso em: 20.10.2016.

QUEIROZ, Gilmar Souza de. **Cadastro Nacional de Informações Sociais**. Ministério da Previdência Social. Disponível em: <goo.gl/vuqlM7>. Acesso em: 11.10.2016.

ZENONE, Luis Claudio. **Marketing Estratégico e Competitividade Empresarial**: formulando estratégias mercadológicas para organizações de alto desempenho. São Paulo: Novatec, 2007.

CIDADANIA INDÍGENA: DESAFIOS DE UM ESTADO PLURIÉTNICO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente artigo é fruto de pesquisa a qual teve por objeto a análise de questões relacionadas à cidadania dos índios brasileiros. Mais precisamente, empreendeu-se o cotejo dos principais diplomas normativos que regularam ou regulam a relação entre Estado e povos indígenas, buscando-se identificar quais os elementos conformadores da cidadania dos povos indígenas, sobretudo a partir do influxo democrático da Carta Cidadã de 1988.

Perscrutou-se, como mote de fundo da pesquisa, a possível alteração do modelo jurídico para a matéria após a promulgação da nova ordem democrática do país, de uma perspectiva assimilacionista e integracionista dos índios para um modelo de Estado pluriétnico e multicultural, no qual é atribuída aos indígenas, além de todos os direitos fundamentais garantido pelo ordenamento, a possibilidade de conservarem suas próprias ordens socioculturais.

Para proceder ao devido exame das questões referidas, buscou-se traçar uma sucinta análise histórica acerca da condição do indígena até a Constituição de 1988, bem como analisar os distintos paradigmas informadores do direito nacional antes e depois da Carta Magna de 1988.

Em seguida, após a verificação dos elementos caracterizadores de um Estado pluriétnico e multicultural, foram examinadas as exigên-

cias impostas à concretização da cidadania (à efetivação dos direitos fundamentais) dos índios brasileiros, em decorrência do modelo atualmente adotado.

Longe de pretender esgotar o tema, com o presente trabalho, pretendeu-se contribuir com o estudo da matéria, a qual, não obstante a relevância social, tem sido esquecida, sobretudo na seara da ciência jurídica. Assim apesar do impasse permanente que marca a questão do índio enquanto sujeito de direito (integração *versus* preservação cultural), apenas alguns poucos centros, principalmente onde a questão figura como problema regional, detêm-se mais atentamente sobre o tema.

Afora isso, este trabalho pretende pautar-se num paradigma diferenciado no que concerne às investigações jurídicas. Intenta-se romper a imobilidade retórica e preciosista das abstrações sobre as normas, e, sob uma perspectiva transdisciplinar, apresentar-se como vetor de releitura da temática e, conseqüentemente, de transformação social.

1. ÍNDIO NA LEI

Na análise do trato dado ao índio pela legislação nacional é possível decodificar ou ao menos acompanhar o processo de construção/desconstrução que rege a formatação de um direito indígena.

Umbilicalmente ligada a uma discussão identitária que remonta aos primórdios da formação do país, das relações estabelecidas entre as principais matrizes étnicas do povo brasileiro e dos mitos criados no decorrer da história, as fórmulas legais delinearão diferentes perfis aos povos indígenas, por vezes distantes do índio real.

Assim é que, apesar da noção de unidade enquanto povo, ganham força discussões que retomam uma identificação com as matrizes étnicas, com o propósito de fortalecimento contra uma organização social ainda amparada em instituições que carregam a eiva da discriminação racial do colonialismo português e que se fez brasileira.

A cidadania indígena, ou mesmo, diga-se, o reconhecimento de direitos aos índios no país delinea-se num espaço de confronto entre concepções antagônicas que permeiam a temática posta, o assimilaçãoismo e integracionismo *versus* Estado Pluriétnico e de Multiculturalismo, estes últimos dois conceitos próprios do espírito democrático e social da Carta Magna de 1988.

1.1. Assimilacionismo e Integracionismo

A construção da Nação Brasileira dá-se nos moldes do Estado-Nacional europeu, com seus conceitos liberais de cidadania e soberania, e, por sua vez, com a ligação destes a um universalismo humanista fundado numa concepção racionalista de uma Natureza Humana.

Nos países colonizados, emblematicamente o Brasil, a construção da própria identidade nacional encontra-se condicionada por esta tendência homogeneizadora, em contrapartida da complexa diversidade cultural que a compõe. A condição de cidadão, correspondente interno de uma “universalidade” do homem (europeu), mascara os impasses da pluralidade real.

Segundo Ribeiro (2006, p. 21):

A façanha que representou o processo de fusão racial e cultural é negada, desse modo, no nível aparentemente mais fluido das relações sociais, opondo à unidade de um denominador cultural comum, com que se identifica um povo de mais de 160 milhões de habitantes, a dilaceração desse mesmo povo por uma estratificação classista de nítido colorido social.

Em última instância, a manutenção dessa suposta igualdade essencial entre os homens produz-se às custas de processos de exclusão ou silenciamento das diferenças, um distanciamento entre o válido discurso estatal (âmbito da legalidade) e a realidade social.

O discurso jurídico erigido neste modelo, eminentemente no que se refere às populações nativas, reflete uma concepção na qual a percepção possível de existência restringe-se apenas a um reduzido espaço idealizado de símbolo nacional:

Portanto, a concepção legal e mesmo aquela materializada idealmente nas estruturas físicas da administração pública, presente em todo o território nacional, realizam a meta do Estado de estabelecer-se como nação, exigindo da heterogeneidade social sua conversão em povo brasileiro (FALEIRO, 2005, p. 15)

Nessa esteira, o Direito do Brasil, enquanto Estado consolidado, apesar das loas ao mito fundador da confluência de matrizes étnicas, pouco difere do produzido em épocas coloniais. O forte arcabouço institucional do colonizador, nesse particular, pouco fora revisto.

Somente a partir do Século XX, se tem a criação dos principais e poucos institutos jurídicos nacionais de proteção aos índios face o extermínio que lhes direcionavam vários setores da sociedade. Apesar, porém, dos avanços que puderam contemplar, esses institutos legais ainda eram marcados por traços assimilacionistas e integracionistas do estado colonial.

A definição legal de índio nesse contexto, ao passo que os atrelava ao Brasil – renegando-se-lhes as particularidades culturais –, apenas lhes autorizava a devida autonomia na medida em que abdicassem de sua identidade.

As principais leis criadas pelo Estado brasileiro até o fim do século XX restringir-se-iam basicamente ao Código Civil de 1916 e a Lei 6001/73 (Estatuto do Índio) de junho 1973, esta última até hoje em vigência.

1.1.1. Código Civil de 1916

A Carta de Direitos Civis de 1916 apenas precariamente aborda sobre a questão dos direitos indígenas. Essa lei restringe-se a, em seu Livro I, “Das Pessoas”, no Capítulo I, sobre as pessoas naturais, ao tratar da capacidade civil de exercer os atos da vida civil, inserir os silvícolas entre os relativamente incapazes.

Assim dispõe o CC/16, em seu artigo 6º:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

[...]

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

Essa inserção consolida o regime tutelar, que passa “a ser especial, exercida diretamente pelo Poder Executivo, através dos órgãos destinados para tal função” (COLAÇO, 2006, p. 06).

Encerra-se aqui uma cidadania canhestra, a qual além de criar uma forte relação de dependência, sob a alcunha de proteção, restringe a atuação dos povos nativos no exercício de sua “cidadania”, para tanto lhes exige uma adaptação (ou talvez domesticação).

Nesses termos, merece atenção especializada a figura do silvícola, ou do selvagem, na medida em que conserve suas características primitivas. Essa lei, dessa forma, fundamenta-se sobre os mesmos princípios positivistas que nortearam a criação do Serviço de Proteção ao Índio nos idos de 1910, sob a intendência do Marechal Cândido Rondon e seus ideais positivistas de civilização.

Até as décadas de 60 e 70, a atitude política ante os povos indígenas não se altera. “Os povos indígenas ainda são considerados um

empecilho ao progresso técnico-econômico [...] ignorando-se internamente e perante a comunidade internacional, os extermínios praticados pelas frentes expansionistas” (COLAÇO, 2006, p. 06/07).

É quando, nesse ínterim, desenvolve-se no cenário internacional um contexto diferente, a partir do qual os povos indígenas começam a ganhar maior visibilidade. A temática da proteção a essas culturas passa a ser alvo de discussões das organizações internacionais.

O intuito da comunidade internacional pós-guerra de consolidar o respeito aos direitos humanos resulta na criação de alguns tratados e convenções, dentre os quais se destaca a Convenção 107 da OIT, homologada pelo Brasil mediante decreto de 1966.

Assim é que, diante de pressão internacional, em 1967 há a criação da FUNAI, em substituição ao Serviço de Proteção ao Índio e seu escopo fundamental de levar o progresso aos “selvagens”. Em 1973, há a promulgação da Lei nº 6001/73, Estatuto do Índio, somente então se regulamentando efetivamente a condição dos “povos tradicionais” no Brasil.

1.1.2. Lei 6001/73 – Estatuto do Índio

Trata-se esta da mais significativa legislação específica acerca dos indígenas. Na lição de Colaço (2006, p. 07): “Ela foi criada com a intenção de responder à comunidade internacional às inúmeras denúncias de extermínio de populações de indígenas em território nacional”.

Versa em seu bojo sobre uma gama detalhada de temas referentes à cidadania dos indígenas. Paralelamente, regula as relações entre os índios e não-índios.

Certamente consistiu relevante avanço detalhar em lei temas como a posse das terras indígenas, a educação dos índios, crimes contra os índios. Inegavelmente, sagra-se através do Estatuto do Índio a sistematização de políticas e normas até então esparsas, garantindo-se maior segurança jurídica aos indígenas brasileiros.

O Estatuto, entretanto, segue a tradição conservadora e sedimenta os conceitos de incapacidade relativa dos índios, bem como o regime de tutela. A tradição desenvolvimentista vem expressa já no primeiro artigo da lei:

Art.1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmonicamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam os demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Esse artigo e seu parágrafo abrem o título dos princípios e definições. Numa leitura sistemática, conjugado com o art. 3º, referido dispositivo acentua o aspecto contraditório desta lei que, ao tempo em que considera brasileiros os indígenas, segrega-os em razão das singularidades que os definem.

Art.3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é intensificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

No artigo seguinte, é fixada classificação em razão do grau adaptação. Segundo o mesmo, os índios passaram a ser classificados em *isolados, em vias de integração e integrados*.

Art.4º Os índios são considerados:

I - Isolados- Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados- Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Essa classificação pouco se afasta daquela outrora utilizada pela política de influência pombalina, “bravos e domésticos ou mansos”, e mais adiante repetida pelo Regime de Órfãos: “rústicos, ignorantes e vadios”. A “domesticação” dos índios supunha, como em séculos anteriores, sua sedentarização em aldeamentos, sob o “suave jugo das leis” (CUNHA *apud* COLAÇO, 2006, p. 04).

O que se condensa nesta lei é o abismo existente entre a identidade indígena e a brasilidade. Lograr da plena cidadania e atingir a plena capacidade, tratada esta última categoria pela legislação como meta de desenvolvimento, implicaria a renúncia da própria identidade indígena.

O contato com símbolos de outro povo não promove a extinção de uma cultura. A identidade resiste para além dos olhos. Trata-se de arcabouço simbólico que condiciona o modo de compreensão da pró-

pria realidade. O resultado é que a comunhão nacional supostamente pretendida em lei materializa-se em discriminação e exclusão social daqueles “civilizados” índios.

O Estatuto do Índio, enquanto síntese da política indígena até 88, reproduz a desconsideração do outro, cuja precisa definição é indiferente. Não é levado em conta que inexiste “uma identidade única desde as ‘origens’ dos povos e sim uma constante que deve ser analisada em conjunto com as situações históricas” (OLIVEIRA, 2005, p. 70).

Apesar de ainda vigente, o Estatuto do Índio teve sua força mitigada com o advento de Constituição Federal de 1988 e da homologação da Convenção 169 da OIT, que ensejaram a revogação tácita de suas principais definições.

1.2. Constituição de 1988 e a Mudança de Paradigma – Estado Pluriétnico e Multiculturalismo

A Constituição de 1988, *Carta Cidadã*, como foi chamada por Ulysses Guimarães, após os anos da tormenta de autoritarismo militar, inaugurou no Brasil um ordenamento jurídico pautado sobretudo na defesa dos direitos e garantias das liberdades individuais.

Desde a Constituinte, a participação de diversos setores sociais já sinalizava um novo tempo para o Direito brasileiro: a formatação de um Estado democrático, imbuído no espírito de realização de justiça social.

O advento da CF/88, no tocante aos povos indígenas, dá-se em um contexto de crescimento populacional, cuja interferência de antropólogos e mesmo a tendência mundial de luta pelos Direitos Humanos fortaleceram politicamente. Ressalve-se ainda a intensificação da atuação de ONG’s junto às comunidades, o que lhes projeta mundialmente a causa.

Assim, pela primeira vez na história do Brasil, os índios, organizados, participam da construção de sua representação legal. Na voz de Colaço (2006, p. 07):

A partir da década de 70, com o apoio do Conselho Indigenista Missionário – CIMI, os povos indígenas no Brasil contemporâneo começam a se organizar para reivindicar os seus direitos, reunindo-se em diversos estados brasileiros. Na década de 80 alguns jovens índios de diversas etnias (Terena, Xavante, Bororó, Pataxó e Tuxá) que estudavam na UNB, criam em abril de 1980 uma nova organização, assim como são fundadas no mesmo ano outros organismos indígenas, que juntamente com a Associação Brasileira de Antropologia - ABA, tiveram papel marcante na Assembléia Constituinte.

Já no preâmbulo e em seus primeiros artigos, que definem seus princípios e estabelecem direitos e garantias fundamentais, a Constituição delineia um panorama de igualdade (art. 5º, *caput*) no sentido expresso na fórmula enunciada por Ruy Barbosa de “quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam visto ser nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade” (2003, p. 19).

Em seu texto, a CF expurga quaisquer formas de preconceito ou discriminação (art. 2º, inc. IV), assim o faz preservando a pluralidade (preâmbulo), expressa, por exemplo, na seara política (art. 1º, inc. V), na liberdade de manifestação e de consciência e crença religiosa (art. 5º, inc. IV e VI).

A nova Carta volta-se para a complexidade étnica que compõe o Estado brasileiro. Verifica e considera antes a coexistência dessa diversidade dos elementos de formação nacional. Desponta o Brasil não mais como monolítica estrutura individualista.

O respeito à dignidade humana, força motriz do labor do constituinte, aprofundou a ideia de con-vivência, o que, num país como o Brasil, mais efetivamente, significa respeitar a multiplicidade cultural a qual lhe é inerente.

Como num mosaico, não pela eliminação, mas pela harmonização e coexistência das unidades, garantindo-lhes uma manifestação

diferenciada, é que se obtém unidade: Brasil. Nesse sentido, emblematicamente nos artigos 215 e 216 o texto constitucional reconhece e garante a manifestação multicultural:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

(*omissis*)

V valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

Aos indígenas, além dessas salvaguardas à diversidade, destinou-se ainda um Capítulo específico, no Título que trata dos Direitos Sociais.

O Capítulo VIII, “Dos índios”, compõe-se de dois artigos. No primeiro deles, art. 231, seu *Caput* é indubitável norma de direito fundamental, apesar de não constar do rol presente no Título II da Magna Carta:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Objetiva-se a defesa de direitos e garantias precípuas à existência de uma coletividade, e como tal “se inclui entre os direitos merecedores de proteção máxima pelo ordenamento jurídico, integrantes do núcleo inalterável da Constituição, as chamadas cláusulas pétreas” (FREITAS, 2007, p. 130).

Enquanto direitos fundamentais, os direitos em foco inserem-se na chamada terceira dimensão. De acordo com Sarlet (2012, p. 263) “(...) os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face da sua implicação transindividual ou mesmo universal (transnacional), e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação”.

No art. 231, o índio é finalmente alçado a sujeito a partir de seu próprio espaço ontológico. Cabalmente, têm-se por extirpados os projetos assimilacionistas.

Além disso, ao consagrar-lhes o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas, aos índios conferiu-se o reconhecimento da posse anterior das terras do território brasileiro.

O reconhecimento aparta-se da noção patrimonial corriqueira. As terras estão ligadas ao próprio nicho cultural em que se torna possível a sobrevivência de uma coletividade tradicional eventualmente analisada.

No artigo subsequente, tem-se o fim da tutela nos modelos orfanológicos, conforme prescrita pelo CC/16 e pelo Estatuto dos Índios. O artigo 232 confere aos índios a capacidade de ingressar em Juízo na defesa dos seus direitos.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

À interpretação do mesmo associa-se o texto do art. 129, cujo inciso V inclui entre as incumbências do Ministério Público, “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”.

Torna-se assim insustentável qualquer noção de tutela em razão de uma alegada incapacidade a depender do grau de integração com a sociedade englobante. Os índios são alçados sujeitos de direito, cujo exercício dar-se-á de forma autônoma, cabendo ao Estado, de outra banda, garantir-lhes meios hábeis de concretização.

Neste mesmo sentido, a Procuradoria-Geral Federal exarou parecer frente a negativas de um Juiz Eleitoral em aceitar a inscrição de índios como eleitores:

9. Todavia, a classificação dos índios em relação ao seu grau de integração perdurou tão somente até a Constituição de 1988, quando esta reconheceu **expressamente** (artigo 232) aos índios, suas comunidades e organizações a capacidade processual, ou seja, a possibilidade de ser parte legítima para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

10. Dessa forma, havendo a Carta Magna reconhecido a capacidade processual das comunidades indígenas, CLARO ESTÁ QUE RECONHECE, DE FORMA GERAL, A CAPACIDADE JURÍDICA PLENA DOS ÍNDIOS, restando prejudicada qualquer distinção que tenha como parâmetro referido nível de integração à comunhão nacional.

11. Com fundamento na supremacia da norma constitucional, derogou-se tacitamente o art. 4º, inciso III, do Estatuto do Índio, não merecendo proceder qualquer decisão judicial com base

nesta distinção, que não mais existe no ordenamento jurídico pátrio por ser eivada de inconstitucionalidade. Isso porque a Constituição Federal de 1988 superou a visão integracionista que vigorava, adotando o princípio do respeito e preservação à organização sócio-cultural das comunidades indígenas.

Destarte, considerada a força vinculante da Constituição relativamente a todas as outras normas do ordenamento, vê-se, pois, que a partir da sua vigência, tornara-se obsoleto o instituto da tutela, bem como o seu fundamento, a incapacidade do indígena.

O advento do Novo Código Civil de 2002 corroborou a letra constitucional, sacando do rol dos relativamente incapazes os indígenas. A temática da incapacidade indígena passou a ser do trato de Lei específica.

Embora ainda prevaleça o Estatuto do Índio, a lógica do ordenamento implica a inexistência de conflito entre a Constituição e normas que lhe sejam inferiores – o mero cogito de conflito de per se condena à invalidação a norma inferior.

Mais uma vez, o que se permite pensar é a existência de um sistema de defesa dos interesses desses indígenas na relação dos mesmos com a sociedade não-indígena. Esse deve ser o lastro da atuação seja do Ministério Público, seja da FUNAI, órgão indigenista do Estado.

Da leitura sistemática dos seus artigos, depreende-se a intenção da Constituição de, sob a égide de uma mesma organização estatal, vislumbrar e garantir a diversidade.

Esses novos paradigmas constitucionais, a partir de 2002, tiveram sua efetividade robustecida com a homologação da Convenção 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais: a pluriétnicidade e o multiculturalismo ganham status formal de realidade.

1.2.2. *Convenção 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais*

Firmada em Genebra nos idos de 1989, somente após anos de discussão é que, em 2002 (Decreto Legislativo nº 143), foi homologada no Brasil a nova Convenção da OIT sobre os povos indígenas e tribais.

Sem adentrar em toda a discussão quanto ao status dos tratados de direitos humanos ao serem internalizados na ordem pátria, à Convenção aplica-se o entendimento consolidado pelo Supremo, em sede dos julgamentos do RE 466.343 e do HC 87.585. Assim, por ser anterior à vigência da Ec. 45/2004 e não ter sido internalizada na forma como dispõe o atual §3º do art. 5º da CF, a Convenção nº 169 da OIT possui força supralegal, abaixo da Constituição, mas prevalente em relação a normas infraconstitucionais.

Analisando propriamente o conteúdo da Convenção, tem-se que esse diploma é composto de 10 partes, com um total de 44 artigos. Nas oito primeiras, respectivamente, são abordados os seguintes temas: política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contatos e cooperação das fronteiras e administração. As duas últimas trazem as disposições gerais e finais.

Já em seu prólogo, esclarece-se a necessidade da adoção de novas normas, com a eliminação da política de assimilação em razão da “evolução do direito internacional desde 1957 e das mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo”.

Os destinatários da referida Convenção são definidos no primeiro item do primeiro artigo, abrangendo os povos tribais regidos por seus próprios costumes e tradições, bem como os povos considerados indígenas em razão da conservação de instituições oriundas de sua descendência com povos pré-coloniais.

Aspecto relevante é expresso no item seguinte, ao estabelecer como critério precípua de determinação dos grupos referidos pela Convenção a consciência de sua identidade indígena ou tribal.

Tem-se, portanto, uma nova abrangência semântica para os sujeitos alcançados pelo art. 231 da Constituição. Mais que isso, a identificação destes passa a reger-se não mais com referência aos não-indígenas; antes, refere-se a símbolos próprios daquelas culturas, ao seu *ethos*¹.

Em síntese, o teor da Convenção tem por finalidade fomentar a criação de mecanismos que efetivem os direitos sociais dos povos em questão, bem como a garantia da manutenção da própria cultura e instituições de modo autossustentável.

Ponto que merece atenção é o terceiro item do art. 1º. Segundo o mesmo a “utilização do termo ‘povos’ na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional”.

Afasta-se, portanto, a autodeterminação e possível alegação posterior do direito de secessão. Apesar do alto grau de autonomia conferida aos povos indígenas através da proteção à sua tradição, é admitida em coexistência com uma ordem englobante.

As peculiaridades resultantes dessa dupla ordem que se instala ao se consagrarem no mesmo ordenamento dizem até certo nível contraditórios, autonomia de organizações culturais *versus* Estado soberano, tratar-se-á no próximo tópico.

A política geral prescrita nesta Convenção resume-se no fomento de atuação governamental no sentido da plena efetivação dos direitos sociais, econômicos e sociais desses povos (art. 2º, 2, b), porém dentro dos moldes participativos.

1 Segundo GEERTZ, *ethos* é conceito que “que apresenta aspectos morais, estéticos e define os valores sociais de uma cultura específica, e a visão de mundo como aquele que possui os aspectos cognitivos existenciais” (TESSAROTTO, 2004, p. 59)

As decisões que digam respeito aos indígenas não mais têm lugar senão mediante consulta aos afetados pela intervenção, sejam decisões de natureza administrativas ou legislativas (art. 6º, 1, a).

Mais adiante, no art. 7º, garante-se, inclusive, o direito a “escolher suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual”.

Na linha do que se lê no art. 232 da CF, esse acordo internacional, em seu art. 12, garante “o direito a ter proteção contra violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante organismos representativos”.

Mais que isso, cabe ao governo garantir a efetiva comunicação no âmbito jurídico, adotando medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais.

Segundo Freitas (2007, p. 179):

[...] permitir aos índios o exercício da autonomia e preservação da própria cultura, ao mesmo tempo em que o cabe ao Estado definir e conduzir a política indigenista oficial, sem que lhe seja subtraído o poder-dever de agir concretamente no labor de concretizar a Constituição.

O relevante é demonstrar que o conjunto legislativo formado por esta Convenção e pela Constituição tem por escopo não o abandono à própria sorte dos índios e suas culturas, nem, muito menos, a desconstituição do país em fragmentos. Antes se pretende a construção de uma efetiva cidadania como forma de concretização do princípio da dignidade humana, o que naturalmente perpassa o próprio conceito de dignidade humana e as diferentes compreensões sociocultural para o estar no mundo.

1.2.3 Soberania *Versus* Autonomia

Provavelmente, o maior problema originado pela nova ordem constitucional acerca dos direitos indígenas está em harmonizar a soberania nacional e autonomia das minorias nacionais, como os povos indígenas.

A defesa da autonomia dos povos tradicionais dentro do ordenamento legitima-se constitucionalmente tão-só se respeitados princípios consagradores da própria unidade estatal representada pela Carta Constitucional: soberania (art. 1º, inc. I), bem como a segurança e desenvolvimento (preâmbulo).

Acerca da temática, bem elucidada Silva (2008, p. 131)

Na interpretação desses dispositivos pode-se extrair a *ratio* de que as comunidades indígenas são autônomas ou quase soberanas, mas não soberanas, pois não possuem o direito à secessão [...] Todavia um alto grau de autonomia é a elas conferido, pois que a sua cultura, usos, costumes e tradições são reconhecidos e protegidos.

É, pois, numa lógica conteúdo-continente que se manifesta relação entre a ordem tradicional e a oficial. O insculpido no art. 231 garante aos indígenas o direito de ter direito. Albergada na expressão de uma organização social, de costumes e tradições encontra-se uma forma própria solucionar conflitos.

A Convenção 169 dispõe que “deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos” (art. 5º, b).

Adiante versa a Convenção especificamente sobre a integração “dos ordenamentos”. Em seu art. 8º prescreve que sejam considerados os costumes ou os direitos consuetudinários desses povos ao se aplicar a legislação nacional (1.), sem prejuízo de que possam exercer “direitos reconhecidos a todos os cidadãos ou que assumam obrigações correspondentes” (3.).

A conservação dos costumes e instituições próprios apenas dar-se-á na medida em que não conflitem com os direitos fundamentais ou com os direitos humanos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio (2.).

Deverão ainda ser respeitados, na medida em que não contrastem com os direitos fundamentais e nem com os direitos humanos, “os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros”. (art. 9º, 1.).

Solicitados para manifestarem-se sobre questões de natureza penal, os tribunais e autoridades deverão considerar os costumes dos povos em foco sobre o assunto (art. 9º, 2.).

Da mesma forma, quando da imposição de sanções penais pela legislação geral a membros desses povos, serão consideradas as características econômicas, sociais e culturais. Outras punições preferir-se-ão ao encarceramento (art. 10, 1 e 2.).

Verifica-se, pois, que da coexistência de contextos culturais distintos exsurge uma pluralidade de referências “jurídicas” para a resolução dos conflitos. No caso dos povos indígenas, desponta uma ordem tradicional e a oficial, englobante. É o que, *lato senso*, conveniou-se teoricamente chamar pluralismo jurídico.

Na presente pesquisa, toma-se por referência do fenômeno o chamado pluralismo jurídico-antropológico. De acordo com Silva (2008, p. 120):

Corrente jurídica que insiste no fato de que à pluralidade dos grupos sociais correspondem sistemas jurídicos múltiplos compostos que seguem relações de colaboração, coexistência, competição ou negação; o indivíduo é um ator do pluralismo na medida em que ele se determina em função de suas vinculações múltiplas a essas redes sociais e jurídicas.

Corolário dessa ordem multifacetada é que basicamente a prática do “Direito” torna-se possível concomitantemente em duas esferas. Por outro lado, a existência de uma ordem específica não exclui a ordem geral, com a possibilidade de sobreposição desta sobre aquela.

Seja em face de relações entre índio e não-índio, seja quando suscitado o conflito entre a prática do Direito Tradicional do grupo e o resguardo de algum direito fundamental pelo Direito Oficial, a juridicização revela-se insubsistente nos moldes convencionais.

A garantia da autorreprodução indígena pela Constituição, não obstante se reconheça a alteridade, não suplanta o abismo simbólico entre as duas linguagens em foco. O reconhecimento do outro enquanto diferença não traz a compreensão a priori do seu universo de signos.

Sendo estruturas simbólicas distintas, há a impossibilidade de compreensão de uma ordem pela outra. Daí a impossibilidade de uma prévia compreensão genérica para conflitos dessa natureza. Trata-se de reconhecer, segundo Silva, que “para a solução específica de cada caso jurídico impõe-se a análise das condições que o envolvem como *conditio sine qua* para que haja uma composição adequada” (2008, p. 133).

Por fim, a compreensão desses conceitos deve afastar a interferência de qualquer essencialismo étnico. Uma decisibilidade segundo os novos paradigmas constitucionais apenas são alcançáveis caso possa abarcar as dinâmicas que regem essa coexistência multicultural.

Desse modo, a leitura coerente das referências legais do índio enquanto sujeito jurídico deve perscrutar toda a dinâmica interétnica e seus reflexos, em busca de um espaço de comunicação possível com a realidade plural.

Consoante leciona Duprat ([2008?] p. 03):

Assim, a atuação do Estado em relação a esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão de suas formas de ver e conhecer o mundo. Sendo uma compreensão

de sentido, todavia, a compreensão de uma outra cultura não se dá mediante a atitude objetivamente adotada pelo observador diante de estados e sucessos fisicamente mensuráveis, requerendo-se, ao contrário, a participação em um processo de entendimento.

O reconhecimento da identidade indígena deve antes passar pela compreensão de que os mecanismos culturais tomam forma segundo as necessidades objetivas impostas pelo meio. Assim, segundo Arruda:

[...] as necessidades decorrentes da situação de contato regular impõem novas atividades, novos esquemas de organização e novos papéis sociais, sobrepondo-se e imbricando-se com as formas indígenas de organização social (2001, p. 54).

Desse modo, a leitura coerente das referências legais do índio enquanto sujeito jurídico deve perscrutar toda a dinâmica interétnica e seus reflexos, em busca de um espaço de comunicação possível, no qual, e somente no qual, é possível se pensar em efetiva cidadania e em uma pretensa concretização do princípio da dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a constituição de um sujeito inafastavelmente se insere numa rede discursiva materializada por uma produção simbólica de caráter ideológico.

Enquanto elemento de um processo discursivo, o Direito concomitantemente conserva-se tanto como efetivo elemento de manutenção de uma ideologia quanto produto do mesmo processo.

A partir da Constituição Federal - CF/88, após anos de autoritarismo do regime militar, encampa-se no Direito pátrio a garantia das liberdades individuais e de expressões culturais, oportunizando-se uma aproximação da abstração legal à realidade social.

Se o conceito de indígena, enquanto sujeito de direitos, desponta originariamente sob a insígnia da incapacidade, firmada num anacronismo que o imobilizava do ponto de vista identitário, sob a nova ordem, ganha uma mobilidade interpretativa cujo alcance e delimitações dependem de um sentido que é construído concretamente, inclusive com a participação dos próprios povos indígenas, que se organizam em uma classe com visibilidade política, em reclame por inclusão social e garantia de respeito à diversidade cultural que lhe é intrínseca.

Diante desse contexto, da nova perspectiva garantida pela Constituição Federal de 1988, a efetiva cidadania dos povos indígenas, a efetivação dos direitos e garantias consagrados pelo no texto constitucional, depende da construção de espaços cada vez mais polifônicos, compostos por atores sociais diversos, capazes de resguardar, paralelamente à condição de nacionais, os matizes socioculturais definidores das coletividades indígenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, R. S. V. . *Imagens do Índio: Signos da Intolerância*. In: Lux Vidal; Luiz Donizetti Grupioni. (Org.). **Povos Indígenas e Tolerância: construindo práticas de respeito e solidariedade**. 1 ed. São Paulo: EDUSP, 2001, v. 1, p. 43-62.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Martin Claret: São Paulo, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1998)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15.ago. 2016.

BRASIL. Decreto n. 5.051/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> Acesso em: 10.ago.2016.

BRASIL. **Lei n. 3.071/16: Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em 15.ago.2016.

BRASIL. **Lei n. 6001/73: Estatuto do Índio**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 20. ago.2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406/02: Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15 ago. 2016.

COLAÇO, T. L. . **A trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do Brasil na esfera nacional e internacional**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_thais_luzia_colaco.pdf>. Acesso em: 15. jun. 2016.

FREITAS, Rodrigo Bastos de. **Direito dos índios e constituição: os princípios da autonomia e da tutela-proteção – história e perspectivas**. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_arquivos/17/TDE-2007-12-11T061846Z-503/Publico/RFreitas%20seg.pdf>. Acesso em: 31.ago.2016.

MARINONI, G., MITIDIERO, D., SARLET, Ingo Wolfgang: **Curso de direito constitucional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O estado pluriétnico**. [S.I: s.n.]. [2008?]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf> Acesso em: 10. jun. 2016.

PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. **Parecer nº AMPSA/CAA/PGF/PPE-FUNAI/2008. ref.: Memo nº 004/2008/PGF/PFE/FUNAI/BEL/PA**. Brasília, 2008.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. Companhia das Letras. São Paulo, 2006.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33297-42462-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

TESAROTTO, Thaís de Oliveira. **Novos horizontes antropológicos: indivíduo, cultura e globalização**. CAOS - Revista Eletrônica de Direitos Sociais. n. 7. Set.2004 Disponível em: < <http://www.cchla.ufpb.br/caos/thaisoliveira.pdf>>. Acesso em: 04.11.2016.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

As contribuições deverão ser enviadas à Comissão Editorial, por email (criacaoeditorame@gmail.com), com a indicação, no assunto, do periódico para o qual deverá ser submetido. No corpo do e-mail informar dados para contato.

Somente material inédito será analisado pela Comissão Editorial que, eventualmente, poderá devolver o trabalho ao autor com sugestões de adequações.

A publicação em nossa Revista implica na aceitação das condições da cessão de direitos autorais de colaboração autoral inédita e termo de responsabilidade, assim como, colaboração financeira do autor para a publicação.

Será analisado artigos, pareceres, resenhas que obdeçam as seguintes normas:

1. Formatação exigida para os artigos, resenhas e afins:

(a) Tamanho do arquivo: mínimo de 10 e máximo de 20 páginas, incluindo notas de rodapé e bibliografia;

(b) Alinhamento: justificado;

(c) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações;

(d) Espaçamento entre linhas: 1,5;

(e) Destaques em itálico;

(f) Citações: entre aspas e sem recuo;

(g) Nome, mini currículo atualizado e endereço eletrônico do autor;

(h) Título e resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 10 linhas.

(i) Um autor por trabalho.

2. Formatação exigida para os comentários jurisprudenciais e legislativos:

- (a) Tamanho do arquivo: mínimo de 8 e máximo de 15 páginas, incluindo notas de rodapé e bibliografia;
- (b) Alinhamento: justificado;
- (c) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho;
- (d) Um autor por artigo.

O editor

A SEGURANÇA PÚBLICA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS

Joelma Lopes Custódio Cruz

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Juliana Lustosa de Carvalho

OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rhaquel Gleysiane Farias Nunes

A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO AUXILIAR NA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Thereza R. M. Guimaraes

A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO: ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Willde Pereira Sobral

O CONCEITO DE SENTENÇA E SUA ABORDAGEM DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Cinthia Cardozo Roza de Andrade

O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO

Allan Davis Carvalho Machado

REVERSÃO JURISPRUDENCIAL PELA VIA LEGISLATIVA: ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4983/CE E A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA.

Alexsandro Azevedo Guimarães

A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AFASTA A INELEGIBILIDADE PREVISTA NA ALÍNEA E, I, ART.1º DA LC Nº 64/90?

José Clecio Macedo Meneses

NOÇÕES BÁSICAS E PRÁTICAS SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC).

Thyara Kahena Sotero Alves

PAPEL DO JUIZ NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO: UMA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Ariete Rocha Felício Cavalcanti

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTES

João Victor da Graça Campos Silva

EFEITOS DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (TI) NA GESTÃO DO REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO

Ronald Nascimento de Jesus

CIDADANIA INDÍGENA: DESAFIOS DE UM ESTADO PLURIÉTNICO

Lucas Leite Medeiros Mascarenhas Andrade