

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO**

JURIS ITINERA

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Nilde Cardoso Macedo Sandes
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Regina Maria da Costa Leite
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Selene Coelho de Lacerda
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
SUBCORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marco Antonio Anchieta Guerreiro
DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Iracy Martins Figueiredo Aguiar
OUVIDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TITULARES (2009/2011)

Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Selene Coelho de Lacerda
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Suvamy Vivekananda Meireles
CONSELHEIRO

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
CONSELHEIRO

Flávia Teresa de Viveiros Vieira
CONSELHEIRA

José Argôlo Ferrão Coelho
CONSELHEIRO

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
CONSELHEIRA

SUPLENTES

Themis Maria Pacheco de Carvalho
Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim
Domingas de Jesus Froz Gomes

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Nilde Cardoso Macedo Sandes

José Antonio Oliveira Bents

Regina Lúcia Almeida Rocha

Maria dos Remédios Figueiredo Serra

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

José Argôlo Ferrão Coelho

Daniel Ribeiro da Silva

Iracy Martins Figueiredo Aguiar

Ana Lídia de Mello e Silva Moraes

Lígia Maria da Silva Cavalcanti

Suvamy Vivekananda Meireles

Krishnamurti Lopes Mendes França

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

Carlos Nina Everton Cutrim

Selene Coelho de Lacerda

José Henrique Marques Moreira

Domingas de Jesus Froz Gomes

Francisco das Chagas Barros de Sousa

Cézar Queiroz Ribeiro

Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

Regina Maria da Costa Leite

Flávia Teresa de Viveiros Vieira

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Teodoro Peres Neto

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro

Sâmara Ascar Sauaia

Themis Maria Pacheco de Carvalho

Maria Luíza Ribeiro Martins

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO**

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 17, jan./dez. 2010

CONSELHO EDITORIAL

José Antonio Oliveira Bents
PROCURADOR DE JUSTIÇA

José Henrique Marques Moreira
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Lena Cláudia Ripardo Pauxis
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Luís Fernando Cabral Barreto Júnior
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Francisco de Aquino da Silva
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Márcia Moura Maia
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Vicente de Paulo Silva Martins
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Paulo Roberto Barbosa Ramos
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Laert Pinho de Ribamar
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Ronald Pereira dos Santos
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Márcio Thadeu Silva Marques
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - Coordenadora de Documentação e Biblioteca - PGJ
Rômollo de Sá Malta - Chefe de Seção de Editoração e Publicação
Rosicléa Pereira Rodrigues - Analista Ministerial

Revisão

Ilza Galvão Cutrim

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA. CEP: 65.020-910.
Fone: (0XX98) 3219-1600
FAX: (0XX98) 3231-2890
E-mail: procuradoria@mp.ma.gov.br
Home page: www.mp.ma.gov.br

As idéias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2010.
n. 17

Anual
1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do Maranhão.

CDU 340 (05)
ISSN 1677-1060

Solicita-se permuta

We ask for exchange

On demande l'échange

APRESENTAÇÃO

A edição de um novo número da Revista Juris Itinera é sempre um momento de reflexão e de remessa ao passado, pois é o instante em que nos perguntamos se o objetivo da Revista, manifestada por sua idealizadora na 1ª edição, de ser um instrumento de idéias e pareceres técnicos, não só do Ministério Público como de todas as demais áreas que cobrem a ciência do Direito, tem sido cumprido.

A resposta a esta pergunta é imediatamente encontrada na leitura dos artigos veiculados nesta 17ª edição, os quais, por sua qualidade e postura reflexiva e crítica, fazem da nossa Revista um importante veículo de contribuição para a construção do pensamento jurídico e a divulgação da cultura jurídica, redundando em grande proveito para os operadores e estudiosos das mais diversas áreas do Direito.

Entre os autores participantes desta edição, além dos membros do Ministério Público, verificamos o aumento do número de servidores que tiveram seus textos aprovados pelo Conselho Editorial, o que demonstra a qualidade do quadro de servidores que possui atualmente o Ministério Público do Maranhão. Verificamos, ainda, o aumento da participação de autores fora dos quadros do Ministério Público, o que solidifica o reconhecimento da nossa Revista como destacado e prestigiado pólo de divulgação do conhecimento jurídico entre os diversos operadores do Direito.

Garantimos que todos os esforços serão envidados para que a Revista Juris Itinera continue sendo este espaço permanente de divulgação de idéias, ao tempo em que agradecemos a todos os autores e reiteramos nosso convite para que o leitor venha fazer parte da história de nossa Revista, com a elaboração de artigo jurídico para ser publicado na próxima edição.

MARIA DE FÁTIMA RODRIGUES TRAVASSOS CORDEIRO
Procuradora-Geral de Justiça

SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE J. H. ELY

Ana Luiza Almeida Ferro 13

DIREITO ADMINISTRATIVO

OS PERÍODOS DE ESTÁGIO PROBATÓRIO E DE AQUISIÇÃO DA ESTABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Victor Oliveira Silva 45

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A EXECUÇÃO DAS MULTAS IMPOSTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL: O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Sandro Carvalho Lobato de Carvalho 95

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A POSSÍVEL INCIDÊNCIA DE MULTA NAS EXECUÇÕES PROVISÓRIAS E O TERMO INICIAL PARA O CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA SENTENÇA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

Karen Beatriz Taveira Barros 129

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

OS PRINCÍPIOS DA CULPABILIDADE COMPARTILHADA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO ATENUANTES INOMINADAS NA DOSIMETRIA DA PENA

Justino da Silva Guimarães 143

JURISDIÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL: PROPOSTA PARA UM SISTEMA HUMANITÁRIO DE EXECUÇÃO DA PENA

José Antonio Callegari 181

PANORAMA DA SITUAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA: HISTÓRICO, DIAGNÓSTICO E SOLUÇÕES

Clóvis Marques Dias Júnior 197

REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jorge Fernando dos Santos Ribeiro 225

**A CISÃO PROCESSUAL NA HIPÓTESE DE CONEXÃO
DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO
COM OUTRA NÃO SUJEITA AO JUIZADO ESPECIAL
CRIMINAL**

Natália Moreira Lima Salgado..... 245

**O MITO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA CERTIDÃO DE
TRÂNSITO EM JULGADO PARA O CONHECIMENTO DA
REVISÃO CRIMINAL**

André Gonzalez Cruz..... 265

DIREITO DO CONSUMIDOR

**É ILEGAL A CONDUTA DE SUSPENSÃO DO
FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AO
CONSUMIDOR COMO MEIO DE COBRANÇA
EXTRAJUDICIAL**

Lindojon Gerônimo Bezerra dos Santos..... 277

DISCURSOS INSTITUCIONAIS

**DISCURSO DE RECONDUÇÃO AO CARGO DE
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA**

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro 305

**DISCURSO DE RECEPÇÃO À PROCURADORA-GERAL DE
JUSTIÇA POR OCASIÃO DE SUA POSSE**

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau..... 311

**DIREITO
CONSTITUCIONAL**

A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE J. H. ELY

Ana Luiza Almeida Ferro*

Resumo: O presente artigo enfoca a teoria de interpretação constitucional de John Hart Ely, autor de tendência formalista, que defende uma forma de controle de constitucionalidade, de tom procedimentalista, justificada na própria natureza da Constituição dos Estados Unidos e no sistema americano de democracia representativa, orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política sob ataque, buscando a afirmação, pelas cortes em geral e especialmente pela Suprema Corte americana, dos direitos encontrados no próprio texto constitucional, dos que são pré-requisitos para a participação política e dos que estão incluídos entre aqueles que a maioria controladora assegurou para si.

Palavras-chave: Direito constitucional. John Hart Ely. Controle de constitucionalidade. Participação política.

Abstract: This article focus on John Hart Ely's theory of constitutional interpretation, considered as a formalistic author, who proposes a form of procedural judicial review, justified in the very nature of the American Constitution and in the American system of representative democracy, participation-oriented as well as not oriented to the substantive merits of the political choice under attack, in search of affirmation, by the courts in general and specially by the

* Promotora de Justiça do Estado do Maranhão, Mestre e Doutora em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora de Direito do UNICEUMA, Professora da ESMP/MA, integrante da Comissão Gestora do Programa Memória Institucional do Ministério Público do Estado do Maranhão, Membro efetivo da Academia Maranhense de Letras Jurídicas e da Academia Caxiense de Letras e Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Autora dos livros jurídicos *O Tribunal de Nuremberg*, *Escusas absolutórias no Direito Penal*, *Robert Merton e o Funcionalismo*, *O crime de falso testemunho ou falsa perícia*, *Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely e Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Autora de *Quando A odisséia ministerial timbira* e co-autora de *Versos e anversos*, livros de poesias.

American Supreme Court, of the rights found in the very constitutional text, of those which are pre-requisites for political participation and of those included among those which the controlling majority has assured to itself.

Keywords: Constitutional law. John Hart Ely. Judicial review. Political participation.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As reflexões sobre o Direito e a Justiça e as questões concernentes à definição dos rumos da hermenêutica constitucional sempre inspiraram e ainda inspiram diversos pensadores ao longo dos tempos. O edifício do conhecimento construído sob tais alicerces não é obra de poucos, porém de muitos arquitetos e artífices como Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, John Rawls, Konrad Hesse, Peter Häberle, Friedrich Müller, José Joaquim Gomes Canotilho, entre outras figuras de expressão. John Hart Ely é mais uma estrela desta constelação, detentor de brilho próprio, cuja teoria de controle jurisdicional oferece importantes contribuições às temáticas da relação entre o Direito, a Política e a Justiça e da relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem assim da moderna interpretação constitucional, reconhecidas no universo jurídico-acadêmico americano e mesmo internacional.

Ely, Professor de Direito Constitucional, é o quarto jurista americano mais frequentemente citado de todos os tempos, segundo estudos publicados em janeiro de 2000, divulgados pelo *Journal of Legal Studies*, da *University of Chicago*. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (pelo qual foi agraciado com o prêmio *Order of the Coif Triennial Book Award*, como melhor livro sobre direito publicado em 1980-82), *War and Responsibility* (1993) e *On Constitutional Ground* (1996) são seus principais trabalhos. A primeira obra mencionada constitui o livro jurídico mais citado desde 1978, tendo sido referido 1460 vezes¹.

¹ Cf. UNIVERSITY OF MIAMI SCHOOL OF LAW. News. Sept. 2000. Prof. John Hart Ely Is 4th Most Cited Legal Scholar Ever; His Book Is Most Cited Legal Work Of Past 2 Decades. p. 1. Available from Internet: <<http://www.law.miami.edu/news/92.htm>>. Cited: 14 jul. 2002. Por curiosidade, esta mesma fonte informa que a obra *Law's Empire*, de Ronald Dworkin, ocupa o segundo lugar, com 904 citações.

De tendência formalista, propugna uma forma de controle de constitucionalidade, justificada na própria natureza da Constituição dos Estados Unidos e no sistema americano de democracia representativa, orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política sob ataque. Na sua concepção, as cortes devem proteger os direitos identificados com alguma especificidade na Carta Constitucional como habilitados à proteção, em especial direitos de acesso político e direitos de igualdade. Sua teoria, de tom procedimentalista, invoca sempre a autoridade do texto e do contexto da Constituição, buscando a afirmação, pelas cortes em geral e particularmente pela Suprema Corte americana, dos direitos encontrados no próprio texto constitucional, dos que são pré-requisitos para a participação política e dos que estão incluídos entre aqueles que a maioria controladora garantiu para si. Conquanto concebida visando à realidade americana, a teoria, pela sua abordagem formal e procedimentalista, pode proporcionar significativas contribuições em outros universos, de características diversas, como o canadense, por exemplo, hipótese explicitamente sustentada pelo doutrinador na obra *On Constitutional Ground*², ou mesmo como o brasileiro, em casos envolvendo, *exempli gratia*, discriminação racial.

É irrefragável que Ely é uma estrela de primeira grandeza do moderno mundo jurídico acadêmico e um importante escritor contemporâneo em teoria política do ponto de vista do Direito Constitucional americano. Para fins deste artigo, pretende-se apresentar um breve trabalho de exposição e compreensão dos principais pontos de sua teoria, como tributo e contributo aos estudos de Direito Constitucional Comparado. A análise do tratamento da matéria constitucional na doutrina e jurisprudência estrangeira pode fornecer contribuições relevantes para o enriquecimento do Direito Constitucional brasileiro e o aprimoramento da hermenêutica constitucional, respeitadas as naturais diferenças entre diferentes direitos. É o intercâmbio de idéias e experiências de países com tradições jurídicas e culturais distintas ou assemelhadas que prepara a colheita para o infante Direito Constitucional do futuro. Entretanto, é preciso que se sublinhe, tal não elide, antes reforça, a necessidade da

² Cf. ELY, John Hart. *On Constitutional Ground*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996. p. 18-24.

construção de um caminho próprio para o Direito Constitucional pátrio e para a atuação de nossas cortes, em particular, *in casu*, o Supremo Tribunal Federal.

2 A TEORIA GERAL DE ELY

Sugere o título da obra *On Constitutional Ground*, em grande medida, o seu conteúdo, a abordagem do autor e a própria natureza de sua teoria, exposta originalmente em *Democracy and Distrust*. O vocábulo *ground* tanto pode ser traduzido para o português como “terra”, “terreno”, “território”, “solo”, quanto como “base”, “fundamento”, entre outros significados. É que o livro cobre vários tópicos de interpretação constitucional: federalismo, separação de poderes, liberdade de expressão, liberdade religiosa, processo penal, discriminação racial, “devido processo substantivo” etc., contendo ensaios, artigos e outras peças de diversas fases da vida do autor, além de comentários explicativos e autobiográficos.³ Está, pois, firmemente plantado em *solo* constitucional, em temática constitucional. Por outro lado, Ely deixa patenteado, no curso da obra, que a sua teoria de controle jurisdicional

³ Assim caracteriza BARBARA PERRY a obra em apreciação: *ON CONSTITUTIONAL GROUND is an eclectic anthology with work that ranges from memoranda that Ely wrote to Chief Justice Earl Warren while serving as his law clerk in 1964-65, to scholarly law review articles from his student days and those produced during his many years as a law professor, to bureaucratic correspondence from his stint in the mid-1970s as the Department of Transportation's General Counsel, to newspaper editorials written as a constitutional expert and concerned citizen. Thus the book contains something for everyone: students of law, political scientists, historians, and informed lay readers.* PERRY, Barbara A. Review. On Constitutional Ground by John Hart Ely. Princeton: Princeton University Press, 1996. 507 p. The Law and Politics Book Review, An Electronic Periodical Published by The Law and Courts Section of The American Political Science Association, v. 7, n. 2, p. 58-61, Feb. 1997. Herbert Jacob, Founding Editor. C. Neal Tate, University of North Texas, Editor. p. 1. Available from Internet: <<http://www.unt.edu/lpbr/subpages/reviews/elyy96.htm>>. Cited: 14 jul. 2002. “ON CONSTITUTIONAL GROUND é uma antologia eclética com trabalho que varia desde memorandos que Ely escreveu para o Juiz-Presidente Earl Warren enquanto serviu como seu assessor em 1964-65, até resenhas jurídicas acadêmicas dos seus dias de estudante e aquelas produzidas durante seus muitos anos como professor de direito, até correspondência burocrática de sua parte na metade dos anos 70 como Advogado Geral do Departamento de Transporte, até editoriais de jornal escritos na qualidade de experto constitucional e cidadão interessado. Desta forma, o livro contém algo para todos: estudantes de direito, cientistas políticos, historiadores e informados leitores leigos.” (Tradução nossa).

tem como *fundamento* inarredável a autoridade do texto e do contexto da Constituição.

Todavia, não se cuida simplesmente de um autor que discute temas do Direito Constitucional americano, sob um fundamento reconhecidamente constitucional. Por meio de sua teoria procedimentalista de interpretação constitucional, ele oferece às cortes um caminho próprio, coerente, em certa medida original, de proteção dos direitos assegurados a todos, mormente os de acesso e participação política e os de igualdade.

Principia Ely o livro *Democracy and Distrust* discutindo as duas correntes hermenêuticas dominantes, ou seja, o interpretativismo e o não-interpretativismo, identificando a primeira como *indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution*, ao passo que a segunda é conceituada como *the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document*⁴. Para ele, nem o interpretativismo restrito a dispositivos constitucionais como unidades contidas em si mesmas, nem o não-interpretativismo apegado à afirmação dos valores fundamentais da sociedade exibem respostas hermenêuticas satisfatórias.

Apresenta o doutrinador, como um de seus argumentos na proposição de uma terceira e mais adequada opção, tanto em *Democracy and Distrust* quanto em *On Constitutional Ground*, uma nova leitura da Corte Warren, tida, por alguns, como “ativista”. O trabalho da Suprema Corte, consoante Ely, teria sido essa a lição basilar do Juiz-Presidente Warren, de quem o autor foi assessor, consiste não tanto em antecipar e criticar julgamentos de valor legislativos, contudo, principalmente, em proteger o maquinismo do processo democrático, com o escopo de evitar que seja dominado, que se torne o instrumento a serviço de um segmento

⁴ “[...] indicando que juízes decidindo questões constitucionais devem se limitar a fazer cumprir normas que estão declaradas ou claramente implícitas na Constituição escrita”, ao passo que a segunda é conceituada como “o ponto de vista contrário de que as cortes devem ir além daquela série de referências e fazer cumprir normas que não podem ser descobertas dentro dos quatro cantos do documento.” ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. 13th ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001. p. 1. (Tradução nossa).

privilegiado da sociedade. Uma preocupação com o *processo*, como um objetivo seriamente perseguido, pode conduzir em direções inteiramente “ativistas”, sem que isso signifique a adoção de uma interpretação baseada em valores fundamentais da sociedade. Para Warren, esclarece Ely, os casos submetidos à Suprema Corte envolviam esforços dos *in’s* no sentido de assegurar que os *out’s* ficassem de fora do sistema⁵. Sustenta o constitucionalista, por conseguinte, que a marca da Corte Warren foi exatamente a busca de objetivos de participação em relação a acesso ampliado a processos e benefícios do governo representativo:

[...] it seems to be coming into focus that the pursuit of these “participational” goals of broadened access to the processes and bounty of representative government, as opposed to the more traditional and academically popular insistence upon the provision of a series of particular substantive goods or values deemed fundamental, was what marked the work of the Warren Court⁶.

Aí se enquadram casos envolvendo discriminação racial e outros relacionados a questões de igualdade de proteção.

No cenário da teoria geral de Ely⁷, iguais na “posição original” tentando formar um governo começariam da presunção de que nenhum dos valores de um adulto são deve contar mais ou menos do que os de

⁵ Ver ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Op. cit., p. 4.

⁶ “[...] parece estar entrando em foco que a busca destes objetivos “participativos” de acesso ampliado a processos e benefícios do governo representativo, em oposição à insistência mais tradicional e academicamente popular sobre o requisito de uma série de bens ou valores substantivos particulares julgados fundamentais, foi o que marcou o trabalho da Corte Warren.” ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 74-75. (Tradução nossa). Não nega ELY a sua admiração pela atuação do Juiz Warren, cuja preocupação teria sido com questões de processo, não simplesmente do processo penal, todavia, mais importante, igualmente do processo democrático. Daí a observação do autor de que Warren foi um verdadeiro democrata e de que viveu, no exercício de seu mister, *the American Dream*, isto é, o Sonho Americano. Cf. *Ibidem*, p. 4.

⁷ Para um maior aprofundamento sobre a teoria geral de ELY, ver FERRO, Ana Luíza Almeida. **Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely**. Belo Horizonte: Decálogo, 2008. p. 25-49.

outro, o que rapidamente levaria à conclusão de que questões públicas devem geralmente ser decididas pelo voto majoritário de tais pessoas ou seus representantes, mas com duas, talvez três, exceções:

a) quando a maioria das pessoas vota para excluir outras tantas pessoas do processo ou, de outra maneira, para diluir a influência delas no dito processo;

b) quando tal maioria decreta um regime regulatório para si e outro, menos favorável, para uma ou outra minoria; ou

c) quando outros constrangimentos colaterais parecem suficientemente importantes (e vulneráveis, conforme a opinião da maioria), de forma que os legisladores decidem, por voto supermajoritário, nomeá-los em um documento constitucional e desse modo torná-los imunes à retirada por algo inferior a um voto supermajoritário similar no futuro⁸.

Segundo Ely, o que *não* decorre daí é a conclusão de que deve ser também conferida uma licença aos juízes para criar ou “descobrir” mais direitos, não justificados pelas exceções “a” e “b” ou jamais constitucionalizados por uma supermaioria, e para protegê-los como se tal fossem. Pelo prisma do autor, a determinação de valores deve ficar a cargo dos representantes eleitos, cabendo aos juízes interferir em caso de funcionamento deficiente do processo democrático⁹.

⁸ Cf. ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Op. cit., p. 5.

⁹ *Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.* ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 103. “Mau funcionamento ocorre quando o processo é pouco digno de confiança, quando (1) os de dentro estão obstruindo os canais de mudança política para garantir que eles permanecerão dentro e que os de fora permanecerão fora, ou (2) embora a ninguém seja realmente negada uma voz ou um voto, representantes em débito com uma maioria efetiva estão sistematicamente pondo em desvantagem alguma minoria por causa de simples hostilidade ou de uma recusa preconceituosa em reconhecer aspectos comuns de interesse, e, em consequência disso, negando àquela minoria a proteção concedida a outros grupos por um sistema representativo.” (Tradução nossa). Ressalta NICOLE WALL que o doutrinador prossegue com sua crítica ao controle jurisdicional examinando o mau funcionamento governamental, que, evidentemente, *is what judicial review aims to remedy*, ou seja, “é o que o controle jurisdicional visa remediar”, na visão elyana. WALL, Nicole. *Review. Democracy and Distrust by John Hart Ely*. Cambridge: Harvard University Press,

Parte o doutrinador do princípio de que, na Constituição, há dispositivos que ostentam uma certa amplitude de sentido, ou seja, que a Carta constitucional possui dispositivos cujo conteúdo não pode ser interpretado tão-somente pela sua linguagem ou por sua história legislativa. Na sua compreensão, o interpretativismo estrito é uma abordagem praticável somente nos casos mais literais. A propósito, expõe Sheldon Pollack:

Ely thus rejects the simplistic premise that the text possesses an “objective” or “plain” meaning which the court has only to uncover in interpreting a constitution. He tries to salvage an originalist position, however, by turning to a revised interpretivism in which the meaning of the text can be derived in light of some general understanding of the document as a whole, or, in his words, in reference to “an inference whose starting point, whose underlying premise, is fairly discoverable” in the constitution. This qualified version of interpretivism permits Ely great discretion in deciding the broader

1980. Personal web.syr.edu Home Pages. Syracuse University. Computing and Media Services (CMS). p. 2. Available from Internet: <<http://web.syr.edu/~ntwall/review1.htm>>. Cited: 14 jul. 2002. (Tradução nossa). Conforme ELY, os representantes eleitos, que necessitam logicamente se preocupar com a continuação no mandato, são as últimas pessoas em quem se deve confiar quando a questão é a identificação de qualquer dessas situações de mau funcionamento do processo, ao contrário dos juízes indicados, que seriam relativos *outsiders* no sistema de governo americano e apenas muito obliquamente precisariam se preocupar com a permanência no cargo. Estes últimos, a quem não cabe o estabelecimento dos valores genuínos do povo, são então objetivamente postos na posição de avaliar pleitos de que os representantes eleitos, seja por obstruírem os canais de mudança, seja por agirem como participantes da tirania da maioria, não estão representando os interesses daqueles os quais o sistema pressupõe que estão. Isto naturalmente não significa, admite o constitucionalista, que a avaliação desses magistrados estará desprovida de juízos subjetivos ou decisões baseadas em observação pessoal. Ver ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 103. O título da obra *Democracy and Distrust* traduz, indubitavelmente, a preocupação de seu autor com a construção de uma teoria procedimentalista de controle de constitucionalidade em harmonia com a natureza e as características da democracia americana, bem como a sua concepção a respeito do papel dos legisladores e dos juízes e de qual missão não deve ser confiada (*distrust*) aos primeiros, mas sim aos derradeiros.

meaning of the document or determining which “inference” is discoverable in the text¹⁰.

Democracy and Distrust é precisamente sobre como as cortes devem dar conteúdo a esses dispositivos (*Delphic provisions*) que demandam um esforço hermenêutico maior. É o mote para o desenvolvimento de sua *process jurisprudence*.

Crítica Ely a Corte Burger porquanto, entre outros fatos, teria criado uma versão moderna da liberdade de contrato ao consagrar constitucionalmente o direito de ter um aborto, conquanto tal direito não esteja nem mesmo sugerido no documento constitucional¹¹. O doutrinador, todavia, declara-se favorável a que os meios políticos confirmem o referido direito às mulheres¹².

No seu entender, as cortes devem proteger aqueles direitos que são designados com alguma especificidade no documento constitucional como habilitados à proteção. Quando os dispositivos constitucionais ostentam a mencionada abertura de sentido, *Democracy and Distrust* sugere duas respostas. A primeira consiste na necessidade de que as cortes protejam direitos de acesso político, como o direito ao voto, a concorrer à eleição, a se organizar politicamente, a se expressar etc.

¹⁰ “Ely assim rejeita a premissa simplista de que o texto possui um sentido “objetivo” ou “raso”, que a corte tem unicamente de desvendar ao interpretar a constituição. Ele tenta recuperar uma posição originalista, entretanto, ao se voltar para um interpretativismo revisado, no qual o sentido do texto pode ser derivado à luz de alguma compreensão geral do documento como um todo, ou, em suas palavras, em referência a “uma inferência cujo ponto de partida, cuja premissa subjacente, é comodamente desvendável” na constituição. Esta versão qualificada do interpretativismo permite a Ely grande arbítrio ao decidir o sentido mais amplo do documento ou ao determinar que “inferência” pode ser descoberta no texto.” POLLACK, Sheldon D. **Constitutional Interpretation from Two Perspectives: Canada and the United States** in *Liberal Constitutionalism in Canada and the United States*. Stephen L. Newman, editor. Albany: State University of New York Press, forthcoming 2003. College of Business & Economics. University of Delaware. p. 18-19. Available from Internet: <<http://www.buec.udel.edu/pollacks/Down.../Con%20Interpretation-US%20and%20Canada.htm>>. Cited: 14 jul. 2002. (Tradução nossa). Por outro lado, comenta ainda SHELDON POLLACK, em crítica à teoria elyana, que a posição originalista inflexível é muito mais restritiva, procurando por algum sentido histórico perdido, porém recuperável, um sentido histórico que pode, em verdade, ser mais limitado que o sentido manifesto das palavras contidas no texto. Cf. *Ibidem*, p. 19.

¹¹ Cf. ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Op. cit., p. 7.

¹² *Ibidem*, p. 7; 305.

A segunda diz respeito à conclusão de que o dever dos representantes de representar todos os seus constituintes (eleitores) também implica alguns direitos de igualdade ou, em outros termos, direitos de várias minorias no sentido de não serem tratadas por um conjunto de regras diferentes daquelas que a maioria prescreveu para si mesma. Uma maioria não pode tratar várias minorias de modo pior do que trata a si mesma¹³. Ely visualiza sua teoria como reação às maneiras nas quais o pluralismo fracassa em proteger minorias¹⁴.

São três os argumentos gerais de *Democracy and Distrust* para a forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação (“*participation-oriented*” *form of judicial review*)¹⁵:

a) as espécies de direitos de que cuida o autor – direitos de acesso e direitos de igualdade – são aquelas cuja proteção menos deve

¹³ A própria natureza dos dispositivos constitucionais é a base da argumentação de ELY. Pela sua ótica, a Constituição americana, a partir da sensata pressuposição de que uma efetiva maioria não ameaçará excessivamente seus próprios direitos, procurou assegurar, em lugar de uma estratégia geral que privilegiasse o enraizamento de uma série de direitos substantivos habilitados à proteção permanente, que uma tal maioria não trate sistematicamente outros de modo menos favorável do que trata a si mesma. Cf. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 100-101.

¹⁴ No concernente a esse aspecto do pensamento de ELY, sublinha HABERMAS: “Ely imprime um rumo procedimental inesperado à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas. Ele se interessa pelas limitações concretas do pluralismo formalmente permitido e utiliza a representação clássica da representação virtual, a fim de reclamar uma participação com igualdade de chances para as minorias tecnicamente representadas, porém, de fato, excluídas ou impedidas. O controle da gênese das normas deve estender-se à divisão de poderes entre executivo e legislação, e não apenas à implementação dos programas de leis através da administração, chegando até à inadmissível passividade de um legislador, que não esgota suas competências, delegando-as à administração”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 328.

¹⁵ Conquanto reconheça que a participação em si, dependendo do enfoque, possa ser vista como um valor, ELY opõe a orientação voltada para a participação, como forma de controle jurisdicional, adequada na sua perspectiva, que se interessa por como são tomadas as decisões que produzem escolhas de valores e distribuem os custos e benefícios resultantes, à simples imposição de valores, para ele uma opção equivocada, indicando a designação de certos bens ou direitos como tão importantes que devem ser isolados de qualquer inibição que o processo político possa impor. Cf. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 75.

ser confiada aos nossos representantes eleitos¹⁶, os quais têm todo o incentivo para impedir o acesso de vários grupos insurgentes e dissidentes ao processo e para colaborar com uma maioria dominante, de feição a tyrannizar ou pelo menos discriminar certas minorias, de cujo apoio continuado eles não necessitam (porém a intervenção judicial não é justificada quando o escopo é a proteção de “valores fundamentais da sociedade”, receita favorita dos teóricos acadêmicos, pois se o que eles realmente desejam é o respeito aos “valores do povo”, é inegável que os representantes eleitos têm fortes incentivos para defini-los corretamente, assim possibilitando a sua reeleição);

b) o objeto das preocupações gerais da Constituição são justamente as espécies de direitos indigitadas, isto é, os direitos de acesso e de igualdade¹⁷;

¹⁶ Em suas conclusões na obra *Democracy and Distrust*, defende ELY que *constitutional law appropriately exists for those situations where representative government cannot be trusted, not those where we know it can*, ou seja, o “direito constitucional apropriadamente existe para aquelas situações em que o governo representativo não pode merecer confiança, não aquelas em que sabemos que ele pode”. *Ibidem*, p. 183. (Tradução nossa).

¹⁷ O doutrinador sustenta esta tese em diversas passagens do livro *Democracy and Distrust*, confirmando-a em *On Constitutional Ground*. No primeiro caso, vejam-se alguns exemplos. No Capítulo 4, intitulado “*Policing the Process of Representation: The Court as Referee*”, no item “*The Carolene Products Footnote*”, ELY se preocupa em diferenciar a sua forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação do controle jurisdicional baseado na imposição de valores, aduzindo que, mesmo que “participação” seja considerada um valor, ela difere dos valores substantivos, dos “valores fundamentais da sociedade”, cuja proteção, pelo Poder Judiciário, ele combate. Argumenta o constitucionalista que os “valores” que a Corte deve perseguir são “valores de participação”, posto que estes são os “valores” (1) *with which our Constitution has preeminently and most successfully concerned itself*, (2) *whose “imposition” is not incompatible with, but on the contrary supports, the American system of representative democracy*, and (3) *that courts set apart from the political process are uniquely situated to “impose.”* *Ibidem*, p. 75. A tradução é: “[...] (1) com os quais a nossa Constituição [a americana] tem se preocupado preeminentemente e com maior sucesso, (2) cuja “imposição” não é incompatível com, mas pelo contrário sustenta, o sistema americano de democracia representativa, e (3) que as cortes postas à parte do processo político estão unicamente situadas para “impor.” (Tradução nossa). No mesmo capítulo, mas já sob o abrigo do sugestivo item “*The Nature of the United States Constitution*”, ELY é ainda mais explícito sobre a sua posição de que o texto constitucional trata sobretudo de questões de processo, e não de preservação de determinados bens ou valores substantivos: *my claim is only that the original Constitution was principally, indeed I would say overwhelmingly, dedicated to concerns of process and structure and not to the identification and preservation of specific substantive values*, isto é, “minha pretensão é somente que a Constituição original foi principalmente, de fato eu

c) a abordagem *representation-reinforcing* para o controle de constitucionalidade é mais consistente com a teoria democrática subjacente às instituições americanas¹⁸.

diria esmagadoramente, dedicada a assuntos de processo e estrutura e não à identificação e preservação de valores substantivos específicos”. Ibidem, p. 92. (Tradução nossa). No mesmo item, já quase ao final, o autor esclarece com maiores detalhes a finalidade prevalente da proteção de direitos inculpada no documento constitucional: *The general strategy has therefore not been to root in the document a set of substantive rights entitled to permanent protection. The Constitution has instead proceeded from the quite sensible assumption that an effective majority will not inordinately threaten its own rights, and has sought to assure that such a majority not systematically treat others less well than it treats itself — by structuring decision processes at all levels to try to ensure, first, that everyone’s interests will be actually or virtually represented (usually both) at the point of substantive decision, and second, that the processes of individual application will not be manipulated so as to reintroduce in practice the sort of discrimination that is impermissible in theory.* Ibidem, p. 100-101. “A estratégia geral não tem sido portanto enraizar no documento uma série de direitos substantivos habilitados à proteção permanente. A Constituição, ao invés, procedeu da suposição absolutamente sensata de que uma efetiva maioria não ameaçará excessivamente seus próprios direitos, e procurou assegurar que uma tal maioria não trate sistematicamente outros de maneira menos favorável do que trata a si mesma — estruturando processos de decisão em todos os níveis para tentar garantir, primeiramente, que os interesses de todos serão realmente ou virtualmente representados (usualmente ambos) ao ponto da decisão substantiva, e segundo, que os processos de pleito individual não serão manipulados de feição a reintroduzir na prática o gênero de discriminação que é inadmissível na teoria.” (Tradução nossa). ELY evidencia que alguns dispositivos constitucionais não obedecem a esse padrão, mas eles integrariam um grupo extraordinário, sendo produtos compreensíveis de circunstâncias históricas particulares (armas, religião, contrato, entre outros) e pouco numerosos. Seriam as exceções que confirmam a regra. Ver ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.** Op. cit., p. 101.

¹⁸ *The remainder of this chapter will comprise three arguments in favor of a participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review. The first will take longer than the others, since it will necessitate a tour, albeit brisk, of the Constitution itself. What this tour will reveal, contrary to the standard characterization of the Constitution as “an enduring but evolving statement of general values,” is that in fact the selection and accommodation of substantive values is left almost entirely to the political process and instead the document is overwhelmingly concerned, on the one hand, with procedural fairness in the resolution of individual disputes (process writ small), and on the other, with what might capaciously be designated process writ large — with ensuring broad participation in the processes and distributions of government. [...] The other two arguments are susceptible to briefer statement but are not less important. The first is that a representation-reinforcing approach to judicial review, unlike its rival value-protecting approach, is not inconsistent with, but on the contrary (and quite by design) entirely supportive of, the underlying premises of the American system of representative democracy. The second is that such an approach, again in contradistinction to its rival, involves tasks that courts, as experts on process and (more important) as political outsiders, can sensibly*

Relaciona o constitucionalista pelo menos quatro noções de democracia. Em três delas, assevera, a sua teoria procedimentalista encontra guarida. A primeira é a concepção rousseauiana, pela qual a democracia aumenta a série de decisões significativas pelas quais o cidadão tem responsabilidade e assim aumenta suas oportunidades de se comportar de uma maneira moral, já que apenas quando alguém recebe autonomia ou controle sobre uma classe de decisões significativas, essa pessoa é posta em uma posição em que ela tem a opção de se comportar moralmente. A implicação aqui, para Ely, seria um tipo de controle jurisdicional que aumenta as oportunidades dos cidadãos para participar da política e de decisões políticas e, tendo feito isso, deixa o produto das suas decisões só. A segunda é a idéia de que a democracia é uma forma não usualmente estável de governo, de que, se a mudança é operada pacificamente pelo sistema, há menos chance de revolução violenta, gerando, para o doutrinador, em tese, um modo de controle jurisdicional que facilita a decisão popular e parece incompatível com qualquer veto judicial ou da elite com autoridade para frustrar tal decisão. A terceira é a concepção traduzida na atitude, sintetizada por E. E. Schattschneider, de que democracia “é um sistema político para pessoas que não têm

claim to be better qualified and situated to perform than political officials. Ibidem, p. 87-88. “O resto deste capítulo compreenderá três argumentos em favor de uma abordagem para o controle de constitucionalidade orientada para a participação, reforçadora da representação. O primeiro demorará mais que os outros, visto que necessitará de uma viagem, embora rápida, pela própria Constituição. O que esta viagem revelará, contrariamente à caracterização padrão da Constituição como “uma declaração duradoura mas evolutiva de valores gerais,” é que, na verdade, a seleção e acomodação de valores substantivos é deixada quase inteiramente para o processo político e, ao invés, o documento está esmagadoramente interessado, por um lado, em equidade processual na resolução de disputas individuais (*process writ small*), e, por outro, no que pode ser amplamente designado *process writ large* — em garantir ampla participação nos processos e distribuições do governo. [...] Os outros dois argumentos são suscetíveis de declaração mais breve mas não são menos importantes. O primeiro é que a abordagem reforçadora da representação para o controle de constitucionalidade, diferentemente da sua abordagem rival protetora de valor, não é inconsistente com, mas, ao contrário (e completamente de forma proposital), inteiramente sustentadora das premissas subjacentes ao sistema americano de democracia representativa. O segundo é que tal abordagem, de novo distintamente da sua rival, envolve tarefas que as cortes, como peritos em processo e (mais importante) como forasteiros políticos, podem sensatamente alegar de serem melhor qualificadas e situadas para desempenhar do que autoridades políticas.” (Tradução nossa). Ver também ELY, John Hart. **On Constitutional Ground.** Op. cit., p. 8.

certeza de que estão certas”, na qual dominam as rubricas da igualdade e do utilitarismo. Igualdade é vista no senso de que obviamente os indivíduos não são iguais em todos os aspectos, mas são iguais no que se refere ao direito comum de decidir qual é a correta política a ser adotada pelo governo. E utilitarismo corresponde, nesse contexto, à teoria que define como moral o curso de ação que conduz ao maior bem ou à maior felicidade do maior número de pessoas. Nessa parte, Ely elogia a teoria de interpretação constitucional propugnada por Michael Walzer em um artigo em *Political Theory*, argumentando que esta é similar àquela por ele proposta, uma que o articulista, um vigoroso porta-voz de uma perspectiva socialista, que oferece uma resposta às escolhas americanas de política pública, reconhece que não dispõe do direito de impor tal preferência sobre o resto das pessoas, mediante os julgamentos de juízes politicamente não responsáveis. Já a quarta noção de democracia é problemática aos olhos do constitucionalista e seria a única que produziria uma forma de controle jurisdicional diferente daquela por este defendida. Ely considera que a idéia de que a “democracia é um sistema de governo que é apto a gerar leis do tipo x , e leis do tipo x são boas” tende a ser mais apropriada para o exercício de uma ditadura oligárquica. Democracia, leciona, é uma espécie de governo não apropriada para a eficiente geração de leis de um certo tipo, pois as pessoas diferem e assim os produtos da democracia diferem igualmente¹⁹. Justificado,

¹⁹ Cf. ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Op. cit., p. 9-11. No tocante ao seu posicionamento de que uma concepção autenticamente democrática não admite a imposição da geração de leis de um certo tipo, em virtude das diferenças entre as pessoas e, por consequência, entre os produtos da democracia, e ainda a propósito do tom formalista de sua teoria voltada para a garantia de participação política e não para a imposição de “valores sociais fundamentais”, há que não olvidar que o positivismo relativista, na percepção de HANS KELSEN, propiciaria à pessoa a tomada de consciência de que a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça adotada como base do seu juízo de valor, ocasionando, como resultado, a possibilidade de respostas variadas e distintas. Cf. KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 114. É por isso que HANS KELSEN deixa assentado que uma teoria do direito positivista não sustenta a inexistência da justiça, mas que de fato são pressupostas muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si; e, principalmente, não contesta que toda ordem jurídica positiva pode ser apreciada ou valorada, conforme uma das diversas normas de justiça, como justa ou injusta, contudo insiste que tais critérios de medida possuem um caráter meramente relativo. Cf. *Ibidem*, p. 70. Por

destarte, na sua avaliação, o fato de sua teoria não se harmonizar com semelhante concepção de democracia.

Defende Ely o utilitarismo, porquanto uma teoria “utilitária” de democracia produz um tipo de controle de constitucionalidade que é mais rico no respeitante ao tema da igualdade do que aquele produzido

consequente, como entende ser a justiça uma idéia irracional e não poder subsistir justiça absoluta para um conhecimento racional, ele propugna ser esse problema insolúvel para o conhecimento científico. Abraçando, no atinente à questão do problema da justiça, um ponto de vista racional-científico, despido de caráter metafísico, e lembrando que existem muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, de forma que nenhum destes exclui a possibilidade de um dos demais, HANS KELSEN firma que “então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais.” Cf. *Ibidem*, p. 17-18. Ver igualmente KELSEN, Hans. *Justicia y derecho natural. Crítica del derecho natural*. Tradução de Elias Diaz. Madrid: Taurus, 1966. p. 43. Na primeira parte de **O problema da justiça**, HANS KELSEN descreve e analisa diferentes normas de justiça constitutivas de valores — salientem-se aqui, como exemplos mais significativos, a fórmula do *sum cuique*, a regra de ouro, o costume, o meio-termo aristotélico, o princípio retributivo, o imperativo categórico de Kant, o princípio de justiça comunista formulado por Marx, o preceito do amor ao próximo, os princípios de justiça da liberdade e da igualdade e a noção platônica —, explorando suas contradições e procurando demonstrar que nenhuma delas pode ser tida como preferível em cotejo com as demais, a partir de uma escolha científica. Ele taxativamente refuta a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, optando pela afirmação apenas de valores relativos. Em derradeira análise, o autor identifica cientificidade com não-valoração, considerando de maneira não-valorativa uma teoria do valor de justiça. Cf. KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Op. cit., p. 16-66. Sobre as normas de justiça analisadas pelo jurista de Praga, ver também KELSEN, Hans. **O que é justiça?:** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1-25. Evidentemente, não há o intento de rotular ELY como kelseniano ou sua teoria como positivista, no melhor estilo do filósofo de Praga, o que não corresponderia à realidade e não faria jus à construção teórica de ambos. Deseja-se tão-somente destacar que o formalismo de ELY ostenta pontos em comum com o positivismo relativista de HANS KELSEN, sobretudo a respeito da compreensão do caráter relativo dos “valores fundamentais da sociedade”. Igualmente o tipo de controle de constitucionalidade orientado para a participação não é incompatível com a concepção kelseniana sobre a democracia. Segundo HANS KELSEN, “uma teoria científica da democracia só pode sustentar que essa forma de governo tenta pôr em prática a liberdade juntamente com a igualdade do indivíduo e que, se esses valores devem ser postos em prática, a democracia é o meio apropriado”, sendo que “a democracia é essencialmente um governo *do* povo”, de feição que “a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia.” KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 142-143; 205.

por uma teoria de democracia voltada para uma “igualdade” pura, que se satisfaz com dar a cada qual um voto (nessa passagem, Ely lembra o famoso dito de John Stuart Mill: *each is to count for one, and none for more than one*, ou seja, “cada um deve contar por um, e ninguém por mais de um”)²⁰.

Bate-se o autor contra a proteção judicial, pela Suprema Corte, de direitos que não podem ser encontrados na Constituição, que não são pré-requisitos para a participação política e que não figuram entre aqueles que a maioria controladora assegurou para si. Para ele, os Estados Unidos são uma democracia exatamente porque, como sociedade, eles não acreditam que qualquer deles tenha maior direito que qualquer dos outros deles para ditar o que é, enfim, importante. Então proclama o constitucionalista:

Thus I say to courts: Enforce those rights that have inspired sufficient popular consensus to secure a place in the document. Enforce those rights that are needed to let us all freely and equally register our preferences. Enforce for minorities those rights that the majority has seen fit to guarantee for itself. Enforce all those rights with all the vigor you can muster. But beyond that, you simply have no right in a democracy — no more than philosophers or law professors or anyone else has — to tell the rest of us that we have made a mistake and that you know better²¹.

²⁰ Cf. ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Op. cit., p. 14. (Tradução nossa).

²¹ “Assim eu digo às cortes: Façam cumprir aqueles direitos que inspiraram suficiente consenso popular para obter um lugar no documento [constitucional]. Façam cumprir aqueles direitos que são necessários para nos deixar todos livres e igualmente registrar as nossas preferências. Façam respeitar para as minorias aqueles direitos que a maioria considerou próprios para lhe ser assegurados. Façam cumprir todos esses direitos com todo o vigor que vocês possam reunir. Mas, além disso, vocês simplesmente não têm direito algum em uma democracia — não mais que filósofos ou professores de direito ou qualquer outro — de dizer para o resto de nós que nós nos enganamos e que vocês sabem mais.” Ibidem, p. 16. (Tradução nossa). O doutrinador compara o juiz ao árbitro, cuja função é *to intervene only when one team is gaining unfair advantage, not because the “wrong” team has scored*, isto é, “intervir unicamente quando um time está ganhando vantagem injusta, não porque o time “errado” marcou”. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 103. (Tradução nossa).

No artigo escrito em 1986, intitulado “*On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities under the United States and Canadian Constitutions*”, integrante do Capítulo 1 da obra *On Constitutional Ground*, Ely comenta os dispositivos entalhados nos textos constitucionais americano e canadense, quanto à interpretação a ser dada à questão do *due process of law*. Conforme ele, no caso americano, o sentido da expressão é procedimental, embora reconheça que tal tenha muitas vezes sido interpretado de forma extensiva, com uma leitura substantiva – equivocada, na sua ótica. E, no caso canadense, o dispositivo correspondente, conquanto seja, e aí por seus próprios termos, razoavelmente suscetível de uma leitura substantiva, a melhor solução, ainda assim, também hermeneuticamente coerente, seria, de idêntica maneira, a leitura apenas procedimental²². Já em *Democracy and Distrust*, Ely sustentara que identificar “princípios de justiça fundamental” substantivos é, senão uma tarefa impossível, pelo menos uma a que as cortes não devem se dedicar, pois não devem revogar o ato de legislaturas popularmente eleitas. Consoante ele, deve ser afastada a tentação de dar um conteúdo substantivo a “princípios de justiça fundamental”, isto é, de querer não simplesmente que certos

Outra analogia a que recorre ELY é a de que a abordagem para a decisão judicial constitucional por ele apresentada assemelha-se a uma orientação para assuntos econômicos do tipo “antitruste” em contraste com aquela do tipo “regulatório”, de maneira que, em lugar de ditar resultados substantivos, apenas intervém quando o “mercado”, *in casu* o mercado político, está sistematicamente funcionando deficientemente. Para o autor, não é possível dizer razoavelmente que o governo está com “mau funcionamento” meramente porque ele algumas vezes produz resultados dos quais se discorda, conquanto fortemente, constituindo projeções equivocadas e ilusórias as pretensões de que o mesmo está alcançando resultados dos quais o “povo” discorda ou discordaria “se eles entendessem”. Cf. *Ibidem*, p. 102-103. O constitucionalista igualmente explícita o posicionamento de que a abordagem na *linha representation-reinforcing* designa para os juízes um papel que eles estão visivelmente bem situados para preencher, não tanto por uma questão de perícia, mas de perspectiva. Cf. *Ibidem*, p. 102.

²² Cf. ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Op. cit., p. 18-24 passim. Para uma análise aprofundada das características da interpretação constitucional nos dois países, ou seja, Canadá e Estados Unidos, ver POLLACK, Sheldon D. **Constitutional Interpretation from Two Perspectives: Canada and the United States in Liberal Constitutionalism in Canada and the United States**. Stephen L. Newman, editor. Albany: State University of New York Press, forthcoming 2003. College of Business & Economics. University of Delaware. Available from Internet: <<http://www.buec.udel.edu/pollacks/Down.../Con%20Interpretation-US%20and%20Canada.htm>>. Cited: 14 jul. 2002.

procedimentos sejam observados, porém igualmente que “princípios de justiça fundamental” substantivos sejam cumpridos²³.

²³ Ver, *exempli gratia*, ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 75; 102-103; 181. Na percepção elyana, as liberdades civis estão mais protegidas dentro de uma orientação de controle jurisdicional voltada para o processo e a participação política do que em uma lógica dirigida para a imposição judicial de “valores fundamentais da sociedade”: *For reasons that are currently obscure, I went through a period of worrying that the orientation here recommended might mean less protection for civil liberties. (Of course it would deny the opportunity to create rights out of whole cloth: that is much of this point and strength. What I had in mind was the possibility that the same freedoms might systematically come out thinner if derived from a participational orientation than they would if protected on the ground that they are “good.”) Reflection has convinced me that just the opposite is true, that freedoms are more secure to the extent that they find foundation in the theory that supports our entire government, rather than gaining protection because the judge deciding the case thinks they’re important.* Ibidem, p. 102. “Por razões que são correntemente obscuras, eu passei por um período de preocupação de que a orientação aqui recomendada poderia significar menos proteção para as liberdades civis. (Naturalmente, ela negaria a oportunidade de criar direitos de todo o tecido: isso é bastante deste ponto e força. O que eu tinha em mente era a possibilidade de que as mesmas liberdades poderiam sistematicamente resultar mais fracas se derivadas de uma orientação voltada para a participação do que elas ficariam se protegidas sob o fundamento de que são “boas.”) A reflexão me convenceu de que justamente o oposto é verdadeiro, de que as liberdades estão mais seguras à medida que elas encontram alicerce na teoria que sustenta o nosso governo como um todo, em lugar de lograr proteção porque o juiz decidindo o caso pensa que elas são importantes.” (Tradução nossa). DWORKIN, autor comumente citado, de maneira opositiva, por ELY, em seus escritos, exhibe entendimento bastante diverso sobre o papel do juiz — Hércules: “A Constituição, afinal, é um tipo de lei, e Hércules tem seu jeito de lidar com as leis. Interpreta cada uma delas de modo a, considerados todos os aspectos, fazer seu histórico chegar ao melhor resultado possível. Isso exige julgamentos políticos, mas estes são especiais e complexos e, de modo algum, iguais aos que faria se estivesse votando uma lei a respeito dos mesmos problemas. [...] Hércules serve a nosso propósito porque é livre para concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional que ele aplica.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 453-454. E mais: “Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. [...] Mas, se Hércules tivesse renunciado à responsabilidade que descrevi, que inclui a responsabilidade de decidir quando deve basear-se em suas próprias convicções sobre o caráter de seu país, teria sido um traidor, e não um herói da limitação judicial.” Ibidem, p. 476. Acerca da discussão de DWORKIN sobre se os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, ver DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3-39.

3 A CRÍTICA À TEORIA

Sobre a teoria procedimentalista elyana, discorre Barbara Perry:

Undergirding Ely's analysis of most constitutional interpretation is his so-called process jurisprudence, propounded most fully in his 1980 book. Offered as a criterion for circumscribing unfettered judicial review, Ely posits that judges should only exercise their ultimate power over legislative prerogative in cases involving questions of political participation (particularly by marginalized minorities) and not determine the "substantive merits of the political choice under attack." (1980, 181) This doctrine leads him to reject result-oriented jurisprudence, with its inevitable judge-imposed, value-laden outcomes, whether it originates on the left or right of the political spectrum. Consequently, he is as opposed to the 1905 LOCHNER decision as he is to the 1973 ruling in ROE because both cases discover phantom "rights" in the alleged substantive component of the due process clause²⁴.

²⁴ "Fortalecendo a análise de Ely da maior parte da interpretação constitucional está a sua assim chamada doutrina do processo, proposta assaz completamente em seu livro de 1980. Oferecida como um critério para circunscrever o controle jurisdicional desagrilhado, Ely postula que os juízes devem unicamente exercitar o seu derradeiro poder sobre a prerrogativa legislativa em casos envolvendo questões de participação política (particularmente por minorias marginalizadas) e não determinar os "méritos substantivos da escolha política sob ataque." (1980, 181) Esta doutrina o leva a rejeitar a jurisprudência orientada para o resultado, com as suas inevitáveis conseqüências impostas judicialmente, carregadas de valores, quer se origine na esquerda ou direita do espectro político. Conseqüentemente, ele é tão contrário à decisão LOCHNER de 1905, quanto à decisão de 1973 em ROE, porque ambos os casos descobrem "direitos" fantasmas no pretenso componente substantivo da cláusula do devido processo." PERRY, Barbara A. Review. *On Constitutional Ground* by John Hart Ely. Princeton: Princeton University Press, 1996. 507 p. *The Law and Politics Book Review*, An Electronic Periodical Published by The Law and Courts Section of The American Political Science Association, v. 7, n. 2, p. 58-61, Feb. 1997. Herbert Jacob, Founding Editor. C. Neal Tate, University of North Texas, Editor. p. 1. Available from Internet: <<http://www.unt.edu/lpbr/subpages/reviews/elyy96.htm>>. Cited: 14 jul. 2002. (Tradução nossa). Trata ELY especificamente da questão do chamado "devido processo substantivo" no Capítulo 8 de *On Constitutional Ground*.

Demonstra Habermas simpatia por essa perspectiva procedimentalista, reconhecendo-lhe os méritos, embora não chegue exatamente a dela comungar²⁵. Em sua visão, o tribunal constitucional necessita examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Pelo prisma do doutrinador alemão, que defende que somente as condições processuais da gênese democrática das leis garantem a legitimidade do direito, esta concepção procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição, motivo pelo qual considera a discussão americana, por esse ângulo, mais fecunda que a alemã. Como exemplo, Habermas refere Ely, cujo ponto de vista cético buscaria aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral. Ely, observa o filósofo germânico, parte da idéia de que a Constituição americana regula, em primeira ordem, problemas de organização e de procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais, de modo que a substância da mesma não residiria em regulamentos materiais, e sim formais. Como resultado, se cabe à Suprema Corte zelar pela manutenção da Constituição, ela deve, “*em primeira linha*, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legislativa do processo democrático”, posto que o tribunal precisa adotar precauções, para que “permaneçam intactos os “canais” para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza”²⁶.

Em *Democracy and Distrust* e *On Constitutional Ground*, Ely, além de sua defesa apaixonada de uma interpretação constitucional alicerçada no processo e não em “valores sociais fundamentais”, desenvolve uma teoria algumas vezes conhecida como “nós-eles” (“*we-they*” theory), denotando que as classificações das quais as cortes deveriam mais suspeitar seriam aquelas que favorecem grupos que são dominantes na legislatura, ou seja, classificações que favorecem, no caso ame-

²⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 326-330.

²⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 326-327.

ricano, brancos, homens, protestantes, heterossexuais ou, dito de outra forma, classificações que favorecem aqueles possuidores de qualquer característica compartilhada por muitos membros da legislatura, em virtude da tendência das pessoas, quiçá inconsciente, de aceitar generalizações que as tranquilizem de que os grupos aos quais pertencem são superiores²⁷.

Capta Habermas com propriedade essa face da teoria elyana, de preocupação com a proteção das minorias:

Nesta perspectiva, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. E leis que discriminam minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados, velhos, jovens, etc., pecam contra o princípio do tratamento igual, e não somente *do ponto de vista do conteúdo*. Sob o aspecto do procedimento, Ely entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados de modo igual, como resultado de um processo político formado nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e

²⁷ Ver ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 145-170. Ver igualmente ELY, John Hart. **On Constitutional Ground**. Op. cit., p. 271-272.

que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas²⁸.

No sentir de Sheldon Pollack, Ely persegue um meio-termo entre a impraticabilidade do originalismo e as perigosas conclusões inferidas por um realismo judicial que declara que o texto significa unicamente o que a Suprema Corte diz que significa. Contudo, firma o primeiro, sustentar semelhante meio-termo é uma tarefa difícil. Por um lado, Ely admitiria a impossibilidade teórica do interpretativismo estrito; por outro, ele concluiria que a natureza ampla, sem limites fixos, de partes do texto convidaria e justificaria o exercício de arbítrio judicial na aplicação de critérios constitucionais. Portanto, Sheldon Pollack assim analisa, criticamente, a linha adotada por Ely: *While highly critical of the U. S. Supreme Court for the kind of judicial review exercised in the so-called privacy cases, Ely's own reading of the open-ended language in the text tends to support the Court's most blatant non-interpretivist approach*²⁹. Ainda conforme o mesmo, Ely, a fim de se desembaraçar desse pântano de escolhas entre pontos de vista de interpretação textual rivais, admite que o problema é realmente o de apropriadamente determinar o papel da Suprema Corte como uma instituição política. Este sugeriria redefinir o papel da Suprema Corte como um tipo de supervisor da política eleitoral e *ombudsman* da democracia representativa. Todavia, ao fazê-lo, prossegue a crítica de Sheldon Pollack, Ely apresentaria pouca justificação para esta substituição em massa do republicanismo do século XVIII, que está

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 327-328.

²⁹ “Enquanto altamente crítico da Suprema Corte dos Estados Unidos pela espécie de controle jurisdicional exercida nos assim chamados casos de privacidade, a própria leitura de Ely da linguagem irrestrita no texto tende a sustentar a mais ruidosa abordagem não interpretativista da Corte.” POLLACK, Sheldon D. **Constitutional Interpretation from Two Perspectives: Canada and the United States in Liberal Constitutionalism in Canada and the United States**. Stephen L. Newman, editor. Albany: State University of New York Press, forthcoming 2003. College of Business & Economics. University of Delaware. p. 19. Available from Internet: <<http://www.buec.udel.edu/pollacks/Down.../Con%20Interpretation-US%20and%20Canada.htm>>. Cited: 14 jul. 2002. (Tradução nossa). Ainda anota SHELDON POLLACK que essa abordagem não interpretativista está distintamente em desavença com o tipo de controle jurisdicional exercido na busca do interpretativismo. Cf. *Ibidem*, p. 19.

no âmago do próprio documento constitucional, por uma democracia participativa igualitária³⁰.

Já a crítica de Habermas exhibe como alvo a discordância de Ely no atinente à interpretação conduzida por princípios, conquanto, por outro lado, o filósofo alemão patenteie que o fato de Ely necessitar pressupor a validade de princípios e recomendar à corte uma orientação por princípios procedimentais munidos de conteúdo normativo não implica que os princípios que baseiam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade careçam de complementação mediante uma teoria substancial dos direitos:

Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar “judicial self-restraint”. Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos [...]. Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substancial dos direitos³¹.

³⁰ Cf. *Ibidem*, p. 19.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 328-329. A propósito da posição do filósofo sobre a ques-

Também frisa Habermas que a sua conclusão quanto à necessidade de afirmação dos princípios tampouco conduz ao desaparecimento de outros argumentos para o enfoque cético com respeito ao tribunal. Registra o doutrinador germânico, em tom de concordância, que o ceticismo elyano “volta-se, com razão, contra uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade”, a qual possui como fator alimentador “uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria”, expressando tal interpretação que “uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais”³².

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é, de fato, facilmente atingível o meio-termo proposto por Ely. E igualmente é verdade que a teoria elyana não prescinde, consoante Habermas, de uma orientação por princípios, ainda que procedimentais, quer o autor os identifique ou não como princípios. No entanto, apesar de sua perspectiva excessivamente formal, sobriamente questionada pelo filósofo germânico, Ely põe à disposição das cortes uma

tão dos princípios, veja-se ainda a seguinte passagem: “Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionalmente. Entretanto, quando se admite princípios — e a justificação da aplicação de normas à luz de princípios — e se os reconhece como componentes *normais* do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade de conflitos de regras.” *Ibidem*, p. 259. O comentário se refere ao positivismo.

³² HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 329. E continua o filósofo, em acolhimento da oposição de ELY a uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade, distinguindo os discursos jurídicos dos políticos: “De fato, os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sendo por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, porém, eles não podem *substituir* discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão de todos os atingidos.” *Ibidem*, p. 329-330.

opção coerente e até certo ponto original de interpretar a Constituição, assentando que sua abordagem procedimentalista tem como fundamento a autoridade da Carta Magna americana, do seu texto e contexto. Examina exaustivamente os seus dispositivos para propagar a sua tese de que a mesma se preocupa maioritariamente com questões de processo, relacionadas com os direitos de acesso e de igualdade – maioritariamente, não exclusivamente –, e não com a imposição de valores ou princípios fundamentais consagrados por uma determinada sociedade, em determinada época, em caráter prevalente³³.

Embora propugne que vários direitos não expressamente referidos na Constituição devam receber proteção constitucional em face do seu papel de preservar abertos os canais da mudança política³⁴, é cristalino o seu entendimento de que as cortes não devem assumir uma posição que implique a usurpação da função das legislaturas e a consequente imposição de valores sociais, considerados fundamentais³⁵. Se ele se aproxima de alguma corrente, é do interpretativismo³⁶, porém

³³ Ver ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 88-104.

³⁴ Cf. Ibidem, p. 172.

³⁵ Explica NICOLE WALL acerca do pensamento elyano: *Interpretivism is judges's practice of ruling constitutional matters based upon what is explicitly outlined in the constitution. Noninterpretivism implies that judges may go beyond what is stated in the document in order to best interpret law. Ely critiques both, for he feels interpretists follow too closely the original intent of the Founding Fathers and noninterpretivists rely too heavily on the integration of personal values. However, both views, says Ely, are inconsistent with democratic theories of American government.* WALL, Nicole. Review. **Democracy and Distrust by John Hart Ely**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Personal web. syr.edu Home Pages. Syracuse University. Computing and Media Services (CMS). p. 1. Available from Internet: <<http://web.syr.edu/~ntwall/review1.htm>>. Cited: 14 jul. 2002. “O interpretativismo é a prática dos juizes de decidir matérias constitucionais com base no que está explicitamente delineado na constituição. O não-interpretativismo implica que juizes possam ir além do que está declarado no documento a fim de interpretar a lei da melhor maneira. Ely critica ambos, pois sente que os interpretativistas seguem muito rigorosamente o intento original dos Pais Fundadores e os não-interpretativistas fiam-se excessivamente na integração de valores pessoais. Contudo, ambas as perspectivas, diz Ely, são inconsistentes com as teorias democráticas do governo americano.” (Tradução nossa).

³⁶ A certa altura de suas reflexões, ELY confidencia: *On my more expansive days, therefore, I am tempted to claim that the mode of review developed here represents the ultimate interpretivism.* ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 87-88.

formulado em novos termos, inovadores termos, e não do não-interpretativismo³⁷, como parece sugerir Sheldon Pollack.

Não lhe falta, deve ser notado, esforço de fundamentação para a asserção de que sua abordagem *representation-reinforcing* para o controle de constitucionalidade é mais consistente com a teoria democrática subjacente às instituições americanas. Quiçá pudesse ter mergulhado ainda mais profundamente no mar das origens da democracia americana, entretanto suas investigações parecem exibir força argumentatória suficiente para tornar a sua teoria procedimentalista coerente com sua tese de que a mesma é consistente com a teoria democrática, em qualquer de suas feições, que inspira as instituições americanas. A maior pedra no seu caminho aparentemente habita em outras searas: Ely parece partir da pressuposição questionável de que a sociedade ostenta um ponto ótimo de funcionamento, cabendo à Suprema Corte tão-somente atuar quando há empecilhos à democracia ou, em suas palavras, em casos de *malfunction* (mau funcionamento) no sistema³⁸. É incontestável um determinado tom funcionalista em sua teoria, com suas implicações teórico-práticas. De qualquer forma, questionáveis ou não os seus pressupostos, isto não lhe tira os méritos de preocupação com uma interpretação constitucional que assegure a todos direitos de participação política e de igualdade e permita aos tribunais e, sobretudo, à Suprema Corte,

“Nos meus dias mais expansivos, portanto, fico tentado a alegar que o modo de controle de constitucionalidade aqui desenvolvido representa o interpretativismo definitivo.” (Tradução nossa).

³⁷ Quanto ao não-interpretativismo, cumpre consignar, todavia, que essa linha hermenêutica hoje dispõe de numerosos e fiéis seguidores, precisamente pelas razões combatidas por ELY. Leciona EDUARDO SLERCA sobre o entendimento de J. J. Gomes Canotilho: “Conforme lembrado por J. J. Gomes Canotilho, as correntes interpretativistas *consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos* [já que] *o papel do rule of law não pode transmutar-se ou ser substituída* [sic] *pela law of judges* [enquanto] *as posições não interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem “valores e princípios substantivos” — princípios da liberdade e da justiça — contra atos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o “projeto” da constituição*, terminando o fecundo autor por concluir que a posição não interpretativista amolda-se melhor à Constituição como sistema aberto de regras e princípios por ele defendido.” SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 65.

³⁸ Ver ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Op. cit., p. 103.

o relevante papel de protetor das minorias, dentro de uma lógica procedimental. São esses méritos e virtudes que sobressaem da aplicação de sua teoria³⁹ a temas como a separação de poderes, a discriminação racial, o processo penal e o “devido processo substantivo”, tornando Ely, na atualidade, um dos mais prestigiados constitucionalistas do universo jurídico americano e um jurista respeitado no mundo, com indubitáveis contribuições aos estudos de Direito Constitucional Comparado.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p. (Original: *Law's Empire*, 1986).

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p. (Original: *A Matter of Principle*, 1985).

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. 13th ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001. 268 p.

_____. **On Constitutional Ground**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996. 507 p.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely**. Belo Horizonte: Decálogo, 2008. 124 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário 101).

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jeffer-

³⁹ Para um maior aprofundamento sobre a aplicação da teoria de ELY, ver FERRO, Ana Luiza Almeida. Op. cit., p. 51-105.

son Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 392 p.

_____. Justicia y derecho natural. **Crítica del derecho natural**. Tradução de Elias Diaz. Madrid: Taurus, 1966. p. 29-163. (Original: *Le droit naturel*, 1959).

_____. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 149 p. (Original: *Das Problem der Gerechtigkeit*, 1960).

_____. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 404 p. (Original: *What is justice?* 1957).

PERRY, Barbara A. Review. **On Constitutional Ground** by John Hart Ely. Princeton: Princeton University Press, 1996. 507 p. **The Law and Politics Book Review**, An Electronic Periodical Published by The Law and Courts Section of The American Political Science Association, v. 7, n. 2, p. 58-61, Feb. 1997. Herbert Jacob, Founding Editor. C. Neal Tate, University of North Texas, Editor. Available from Internet: <<http://www.unt.edu/lpbr/subpages/reviews/elyy96.htm>>. Cited: 14 jul. 2002.

POLLACK, Sheldon D. **Constitutional Interpretation from Two Perspectives: Canada and the United States in Liberal Constitutionalism in Canada and the United States**. Stephen L. Newman, editor. Albany: State University of New York Press, forthcoming 2003. College of Business & Economics. University of Delaware. Available from Internet: <<http://www.buec.udel.edu/pollacks/Down.../Con%20Interpretation-US%20and%20Canada.htm>>. Cited: 14 jul. 2002.

SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 153 p.

UNIVERSITY OF MIAMI SCHOOL OF LAW. News. Sept. 2000. Prof. John Hart Ely Is 4th Most Cited Legal Scholar Ever; His Book Is Most Cited Legal

Work Of Past 2 Decades. Available from Internet: <<http://www.law.miami.edu/news/92.htm>>. Cited: 14 jul. 2002.

WALL, Nicole. Review. **Democracy and Distrust** by John Hart Ely. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Personal web.syr.edu Home Pages. Syracuse University. Computing and Media Services (CMS). Available from Internet: <<http://web.syr.edu/~ntwall/review1.htm>>. Cited: 14 jul. 2002.

**DIREITO
ADMINISTRATIVO**

OS PERÍODOS DE ESTÁGIO PROBATÓRIO E DE AQUISIÇÃO DA ESTABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

*Victor Oliveira Silva**

Resumo: A suposta vinculação entre o período de avaliação de estágio probatório e o período de aquisição da estabilidade no serviço público. Faz-se uma explanação entre os institutos da estabilidade e do estágio probatório, demonstrando-se como estes estão regrados no direito brasileiro. Explana-se a origem das discussões sobre o tema, explicitando-se os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial. Esclarece-se qual o real sentido dos institutos e das conseqüências de suas aplicações no serviço público. Conclui-se pela inexistência de uma vinculação entre os dois períodos, tomando-se posicionamento contrário à doutrina e à jurisprudência.

Palavras-chave: Estágio probatório. Estabilidade. Aquisição. Avaliação. Período.

Abstract: The alleged link between the evaluation period and the period of acquisition of the stability in public service. It is done an explanation between the institutes of stability and the probative internship, showing that they are ruled in Brazilian law. It I explained the origin of the arguments about the theme, expliciting the doctrinal and jurisprudential positions. It is clarified what is the real sense of the institutes and the consequences of their applications in the public service. It is concluded by the absence of a linking between the two periods, taking positioning contrary to the doctrine and the jurisprudence.

Keywords: Connection. Public service. Stability. Probative internship.

* Assessor Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: vsvictorsilva@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O instituto da estabilidade traz ao servidor público brasileiro uma amálgama de direitos que lhe conferem segurança no exercício de suas funções, protegendo-o da total discricionariedade da Administração Pública. A ele, especialmente, estão guardados os direitos de somente perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Todavia, antes de conferir tais garantias, o Estado precisa comprovar se determinado servidor realmente está apto a exercer o cargo de provimento efetivo no qual foi investido. Para isso, necessária é uma avaliação feita pelo próprio ente público sobre o servidor. Essa avaliação é chamada de “estágio probatório”.

Tradicionalmente, pelas disposições normativas vigentes no passado, os períodos de aquisição de estabilidade e de estágio probatório eram coincidentes, o que gerou a cultura de uma vinculação dos dois institutos. Entretanto, a Emenda Constitucional n.º. 19/98 alterou o período de aquisição de estabilidade determinado pela Constituição Federal, além de trazer explicitamente que, para a sua aquisição, deveria ser feita uma avaliação específica por comissão instituída para esse fim específico.

A partir de tal alteração, passou-se a discutir na doutrina e na jurisprudência se também o período de estágio probatório restaria alterado, ou se cada instituto guardaria suas peculiaridades, havendo uma dissociação entre eles.

Assim, no presente estudo, passamos a discutir se realmente há essa distinção no ordenamento pátrio, quais os posicionamentos teóricos sobre o tema e quais as conseqüências da sua má interpretação.

Partimos do pressuposto de que há, de fato, uma dissociação dos institutos. Tal raciocínio, que acompanha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça recentemente alterada é combatido pela doutrina e pelo posicionamento dos órgãos superiores do judiciário.

A pesquisa, além de abordar tema de grande divergência, é de extrema utilidade para o Direito Público, pois trata diretamente do anda-

mento da máquina estatal, abrangendo interesses de todos os servidores públicos.

2 O INSTITUTO DA ESTABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da estabilidade está disposto na nossa Constituição desde o seu texto original, tendo, a partir da reforma administrativa imposta pela promulgação da Emenda Constitucional n.º. 19, de 04 de junho de 1998, a seguinte redação:

Art. 41. São estáveis após **três anos** de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Além da estabilidade adquirida ordinariamente, o texto constitucional, em suas regras transitórias, também prevê hipótese excepcional de aquisição de estabilidade no art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, *verbis*:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “caput” deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei. (BRASIL, 1988).

No âmbito infraconstitucional, trazemos o que dispõe o art. 21 da Lei nº. 8.112/90¹:

Art. 21. O servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá **estabilidade no serviço público**

¹ No presente estudo, utilizaremos como referência, dentre os estatutos dos servidores públicos civis, a Lei nº. 8.112/90, por ter alcance na esfera da União, além de acabar sendo o referencial dos diplomas semelhantes no âmbito das demais Unidades Federativas.

ao completar 2 (dois) anos de efetivo exercício. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Mello (2008, p. 302) conceitua a estabilidade a partir dos direitos adquiridos pelo servidor em decorrência dela:

Estabilidade é o direito de não ser demitido do serviço público, salvo se incidir em falta funcional grave, apurada em processo judicial ou processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa ou em consequência de avaliação periódica de desempenho, igualmente assegurada a ampla defesa.

Sobre o servidor estável, Moraes (2005, p. 355) afirma que:

[...] são requisitos para a aquisição de estabilidade do servidor público:

- nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público;
- efetivo exercício por três anos (*estágio probatório*²) – Ressalte-se, porém, que, nos termos do art. 28 da EC nº. 19/98, ficou assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos servidores em estágio probatório à época da promulgação da Emenda Constitucional, sem prejuízo da avaliação especial obrigatória prevista no próximo tópico;
- avaliação especial e obrigatória de desempenho por comissão instituída para essa finalidade³.

² Como veremos adiante, o presente trabalho não comunga com a opinião de que o prazo de estágio probatório também seja de 03 (três) anos, o que não diminui, obviamente, a propriedade das colocações do renomado constitucionalista citado.

³ Vale ressaltar que ambos os autores (MORAES, 2005, p. 354-355; MELLO, 2008, p. 263-264) fazem menção à previsão expressa pelo art. 169, §4º, da Constituição, também incluído pela EC nº. 19/98, da possibilidade excepcional de perda de cargo por servidor estável, caso a redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de

Por sua vez, Carvalho Filho (2008, p. 620) assevera que:

Estabilidade é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC nº 19/98, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos.

Percebemos ser a estabilidade, portanto, uma amálgama de direitos conquistados pelo servidor que assume cargo de provimento efetivo quando atendidos certos requisitos esboçados na própria Constituição Federal. O instituto traz ainda ao servidor uma série de outros direitos que não somente os relativos à maior dificuldade para o seu desligamento com o serviço público. Assim, temos, por exemplo, as garantias de recondução, aproveitamento ou disponibilidade dos §§ 2º e 3º do art. 41, *supra*, além de uma série de vantagens encontradas nos regimes jurídicos dos entes federativos como, por exemplo, a possibilidade de concessão de certas licenças e afastamentos.

3 O INSTITUTO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO

O estágio probatório coloca-se no direito pátrio como a avaliação de uma série de circunstâncias que levam a constatar se determinado servidor realmente atende às necessidades do cargo que ocupa. Para isso, são utilizados diversos critérios que deverão ser escolhidos por cada ente federativo no momento de criação de seus respectivos regimes jurídicos de servidores.

Sobre o instituto, Carvalho Filho (2008, p. 623) diz que:

confiança e a exoneração dos servidores não estáveis não sejam suficientes para a adequação das despesas do funcionalismo público aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (Lei Complementar nº. 101/2000).

Estágio probatório é o período dentro do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero. (grifo nosso).

Ainda com força na doutrina, trazemos o voto do Min. Octavio Gallotti que, quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 22.933-0/DF, trouxe a seguinte lição:

Em sua tese, aponta, o saudoso mestre, como finalidade precípua do estágio, a de “servir de complemento ao processo de seleção fornecendo uma prova prática, objetiva, que é o exercício das próprias funções do cargo”. (BITTENCOURT apud BRASIL, 1998, p. 15).

Também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, conforme encontramos no voto do Min. Joaquim Barbosa, que conduziu a Corte quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 23.441-5/DF, cuja relatoria originária era da Min. Ellen Gracie. Vejamos:

É preciso ressaltar que o período de estágio probatório, como o próprio nome indica, visa à avaliação da conduta do servidor já investido em cargo após aprovação em concurso. Todo estagiando sabe que está sendo analisado e que “sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: assiduidade, disciplina, capacidade, iniciativa, produtividade e responsabilidade” (art. 20 da Lei 8.112/1990).

Nas palavras de HELY LOPES MEIRELLES, em sua clássica obra *Direito Administrativo Brasileiro* (São Paulo, Malheiros, 2003, p. 421):

“Estágio probatório é o período de exercício do servidor durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a veri-

“...ficação dos requisitos estabelecidos em lei para a disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc.” (BRASIL, 2008g).

Como exemplo, trazemos o artigo 20 da Lei nº. 8.112/90, *verbis*:

Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por **período de 24 (vinte e quatro) meses**, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o **desempenho do cargo**, observados os seguintes fatores:

I - assiduidade;

II - disciplina;

III - capacidade de iniciativa;

IV - produtividade;

V - responsabilidade.

§ 1º Quatro meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento do sistema de carreira, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V deste artigo.

§ 2º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.

§3º O servidor em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação, e somente poderá ser cedido a outro órgão ou entidade para ocupar cargos de Natureza Especial, cargos de provimento em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, de níveis 6, 5 e 4, ou equivalentes.

§ 4º Ao servidor em estágio probatório somente poderão ser concedidas as licenças e os afastamentos...

mentos previstos nos arts. 81, incisos I a IV, 94, 95 e 96, bem assim afastamento para participar de curso de formação decorrente de aprovação em concurso para outro cargo na Administração Pública Federal.

§ 5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento. (BRASIL, 1992).

Vemos, portanto, a determinação, pelo legislador infraconstitucional, de um período de avaliação de 24 (vinte e quatro) meses, em que o servidor terá avaliado o desempenho naquele determinado cargo que ocupa, aferindo-se a sua assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade, através de métodos escolhidos pela Administração.

Há de se lembrar que o servidor em estágio probatório, ainda que não tenha o vínculo estável com a Administração Pública, não pode ser exonerado de seu cargo sem cumprimento de um devido procedimento administrativo que o justifique. Este é o teor da Súmula nº. 21 do Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que, para o caso, cabe a regra determinada a partir da Súmula Vinculante nº. 5, que resolveu a discussão quanto à necessidade de defesa técnica em processos administrativos disciplinares. Deve-se atentar que esse enunciado retira a vigência da Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos o teor dos três enunciados:

Súmula nº. 21 do STF

Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. (BRASIL, 1963).

Súmula Vinculante nº. 5

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. (BRASIL, 2008h).

Súmula n.º 343 do STJ

É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. (BRASIL, 2007).

Comentando a situação, Alexandrino e Paulo (2008, p. 313) trazem que:

Apesar de ser pacífico não possuir a exoneração caráter punitivo, o STF entende que a exoneração do servidor em decorrência de inabilitação em estágio probatório deve ser precedida do devido processo legal (não se trata de um processo administrativo disciplinar completo e específico, como descrito na Lei n.º. 8.112/90 para a apuração de infrações e aplicação de penalidades) em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Há de se ressaltar que o procedimento administrativo de averiguação de estágio probatório é distinto do procedimento administrativo disciplinar comum, qual seja, aquele instituído durante o exercício do cargo para apuração de possível infração de servidor público. Isso ocorre, especialmente, pelo fato de os dois procedimentos alcançarem objetos distintos.

[...] lembro que não se deve confundir o procedimento administrativo de controle do estágio probatório com o procedimento administrativo disciplinar que visa à apuração de eventual falta disciplinar cometida por membro do Ministério Público. Um pode influir no desfecho do outro, mas o certo é que a Lei Complementar 75/1993 disciplina esses dois institutos de direito administrativo em tópicos diversos, como não poderia deixar de ser. (Voto-vista do Min. Joaquim Barbosa. BRASIL, 2008g).

Com efeito, enquanto as sanções disciplinares dependem de infrações funcionais definidas (cf.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 986 e ss.), a avaliação do estágio probatório abrange aspectos mais amplos, como a assiduidade, a produtividade, a capacidade de iniciativa, a responsabilidade, a pontualidade, a eficiência, a idoneidade moral, a conduta pessoal e profissional etc. Isto é, o aspecto disciplinar é apenas um dos elementos considerados no estágio probatório. Conseqüentemente, a avaliação do estágio probatório prescinde dos requisitos necessários para a imposição de penas disciplinares. (Voto-Vista do Min. Gilmar Mendes. BRASIL, 2008g).

O caso aqui, como dizem acima Alexandrino e Paulo, é de processo que precisa de um cunho formal e no qual se possibilite o contraditório. Entretanto, não há necessidade do revestimento de todas as formalidades do procedimento administrativo disciplinar. Tal afirmação, contudo, não obsta a aplicação das mencionadas súmulas.

4 A ORIGEM DA DISCUSSÃO SOBRE O TEMA

Ultrapassada a fase expositiva dos institutos estudados, adentramos à discussão ora existente no direito brasileiro sobre o real sentido de cada um deles, o que reflete diretamente na discussão de seus períodos e nas suas conseqüências diretas aos servidores públicos.

Para melhor compreensão, vejamos o texto original da nossa Constituição.

Art. 41. São estáveis, **após dois anos de efetivo exercício**, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º - Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo

de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º - Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Constata-se, de início, que, até o advento da EC nº. 19/98, não havia maiores motivos para discussão jurídica sobre o tema. A Constituição não previa qualquer forma de avaliação para o alcance da estabilidade, além do que o prazo imposto por ela – 02 (dois) anos – era semelhante ao colocado pelo legislador ordinário para o estágio probatório (24 meses para a Lei nº. 8.112/90). Assim, na sistemática anterior, ultrapassado o estágio probatório, que impescindia de avaliação de desempenho, como visto, alcançava-se automaticamente a estabilidade. Daí porque eram confundidos, e ainda são, como veremos, os dois institutos.

Criou-se no subconsciente jurídico pátrio uma suposta vinculação quase que visceral entre o período de estágio probatório e o período de aquisição da estabilidade. Vinculação esta que pretendemos desconstruir no presente estudo.

Nesse sentido, temos, por exemplo:

A aludida flexidez [do cargo de provimento efetivo] é uma característica do cargo (uma vocação deste), não de quem nele venha a ser provido. **Seu titular só após três anos de exercício, período que corresponde ao estágio probatório, é que nele se efetiva e adquire estabilidade, se avaliado favoravelmente.** (MELLO, 2008, p. 301, grifo nosso).

Entendimento também visto em Figueiredo (2003, p. 574):

A investidura em cargo público é um procedimento administrativo complexo, que envolve várias operações sucessivas: realização de concurso, aprovação neste, nomeação na ordem de classificação, posse e entrada em exercício. **Desta última**

é que começa a fluir o tempo de três anos para a aquisição da estabilidade.

Esse período de três anos é definido nos estatutos dos servidores públicos como de *estágio probatório* (ou *estágio afirmatório*) [...].

(SILVA, 2005, p. 698).

Estágio probatório – como está o nome a sugerir – era o lapso temporal obrigatório de dois anos (art. 41 da Constituição Federal, e atualmente de três anos) que deverá decorrer entre a data do exercício, e não da posse – lapso, este, necessário para que o funcionário adquira a estabilidade.

(FIGUEIREDO, 2003, p. 574).

A aludida flexidez [do cargo de provimento efetivo] é uma característica do cargo (uma vocação deste), não de quem nele venha a ser provido. **Seu titular só após três anos de exercício, período que corresponde ao estágio probatório, é que nele se efetiva e adquire estabilidade, se avaliado favoravelmente.**

(MELLO, 2008, p. 301, grifo nosso).

Nunca é demais insistir em que o estágio probatório espelha instrumento de avaliação do servidor. Sendo assim, só pode ter adequada aplicabilidade quando o servidor é aferido em relação ao efetivo exercício das funções do cargo. Ou seja: **ele precisa demonstrar sua capacidade de exercer tais funções pelo período de três anos.**

[...]

Primeiramente, não há como desatrelar o prazo de estabilidade do prazo de estágio probatório (nem nunca houve, aliás): se a estabilidade pressupõe a prova de aptidão do servidor, é lógico que essa prova deverá ser produzida no mesmo prazo de três anos. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 624, grifo nosso).

Este último autor chega a dizer que: “Absurdo, porém, é desvincular institutos (estabilidade e estágio probatório) que nada mais são do que faces da mesma moeda” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 625).

Esse entendimento, aliás, é o que tem sido adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em suas decisões mais recentes⁴.

Não podemos concordar, todavia, com tal posicionamento.

Não está a se negar aqui que haja uma ligação entre os dois institutos. De forma alguma poderíamos fazer isso. De fato, a habilitação no estágio probatório é imprescindível para o alcance da estabilidade. Entretanto, isso não significa que os respectivos períodos tenham que ser os mesmos. Nada impede que se coloque o estágio probatório com um período inferior ao de aquisição da estabilidade, ou mesmo igual a este⁵. O que se defende aqui é tão somente que estes períodos não precisam ser obrigatoriamente os mesmos, pois incorporam avaliações de situações distintas.

Os próprios autores demonstram a divergência do tema, como podemos ver a seguir:

Em sentido contrário, o **STJ, no MS 12. 397, de 9.4.2008** e publicado em 16.6.2008 – e **já havia um precedente no mesmo Tribunal neste sentido** – entendeu que **não há confundir o prazo para aquisição da estabilidade com o prazo do estágio probatório**, o qual corresponde ao interregno de avaliação do servidor para que se decida se este tem ou não condições para permanecer no cargo. **De acordo com tal julgado, o prazo do estágio probatório é menor do que o prazo para aquisição da estabilidade, ou seja, é de 24 meses, a teor do art. 20 da Lei 8.112 (Estatuto).** (MELLO, 2008, 301).

Tem havido entendimento de que o prazo de três anos para a aquisição da estabilidade no serviço público não está vinculado ao prazo do estágio probatório, o que teria fundamento na interpreta-

⁴ Trataremos em capítulo especial sobre a evolução da jurisprudência dos órgãos citados.

⁵ Impensável seria, porém, ao menos no sistema atual, uma aquisição da estabilidade em período anterior ao do estágio probatório do cargo daquele que inicia sua carreira pública. Tal afirmação será melhor compreendida quando da análise do instituto da recondução.

ção do art. 41, *caput*, e §4º da CF; desse modo, deveria manter-se para o estágio o prazo anterior de dois anos, que continua fixado em algumas normas de estatutos funcionais. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 624).

Nesse sentido de necessária dissociação dos institutos caminhou por bastante tempo a jurisprudência do STJ. Destacamos a mais didática de todas essas decisões, a tomada no MS 9.373-DF, relatado no STJ pela Ministra Laurita Vaz, com a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS. ESTÁGIO PROBATÓRIO. ART. 20 DA LEI N.º 8.112/90. ESTABILIDADE. INSTITUTOS DISTINTOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Durante o período de 24 (vinte e quatro) meses do estágio probatório, o servidor será observado pela Administração com a finalidade de apurar sua aptidão para o exercício de um cargo determinado, mediante a verificação de específicos requisitos legais.

2. A estabilidade é o direito de permanência no serviço público outorgado ao servidor que tenha transposto o estágio probatório. Ao término de três anos de efetivo exercício, o servidor será avaliado por uma comissão especial constituída para esta finalidade.

3. O prazo de aquisição de estabilidade no serviço público não resta vinculado ao prazo do estágio probatório. Os institutos são distintos. Interpretação dos arts. 41, § 4º da Constituição Federal e 20 da Lei n.º 8.112/90.

4. Ordem concedida. (BRASIL, 2004).

Vemos, portanto, que a celeuma em questão tem como ponto chave a promulgação da Emenda Constitucional nº. 19/98, que altera o art. 41 da Constituição Federal, dando-lhe a redação transcrita no início desta exposição.

A partir de então, comparando-se os dois textos, percebemos que a EC nº. 19/98 traz ao tema três inovações principais:

- exigência de 03 (três) anos de lapso temporal para a aquisição da estabilidade (art. 41, *caput*);
- possibilidade de perda do cargo por servidor estável mediante avaliação periódica de desempenho (art. 41, §1º, III)⁶;
- necessidade prévia à aquisição da estabilidade de “avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade” (art. 41, §4º).

Foram exatamente essas mudanças, em especial a referente ao *caput* e a que incluiu o §4º, que iniciaram uma série de interpretações, a nosso ver equivocadas. Devido à concepção antiga já explicada, passou-se a entender que a avaliação de que trata o §4º seria justamente a avaliação de estágio probatório, devendo este, portanto, ser alterado de 02 (dois) para 03 (três) anos.

Assim, criou-se o pensamento, por exemplo, de que o supracitado art. 20 da Lei nº. 8.112/90 teria a eficácia da expressão “por período de 24 (vinte e quatro) meses” suspensa, devendo ser aplicado o triênio constitucional. Esse é o posicionamento de Carvalho Filho (2008, p. 625):

Por último, deve notar-se que as normas estatutárias que ainda registram o prazo de dois anos de estágio (o que foi feito sob a égide do mandamento constitucional anterior) estão descompassadas com a regra vigente do art. 41, da CF, de imediata aplicabilidade, razão por que não foram recepcionadas pelo novo sistema, ou,

⁶ Sobre esta avaliação periódica, trazemos as palavras de Mello (2008, p. 302): “O ‘Emendão’ corrompeu a idéia de estabilidade, ao introduzir como hipótese autônoma de desligamento do servidor a avaliação periódica de desempenho. Este enfraquecimento da estabilidade – obviamente conveniente para manipulação do servidor em proveito dos interesses eventuais dos governantes de turno –, segundo todas as probabilidades, não prevalecerá, em juízo, fora das hipóteses nas quais já seria possível demitir o servidor”.

se se preferir, foram revogadas pela norma hoje vigente. O que os entes federativos devem fazer é adequar tais normas à Constituição; enquanto não o fazem, contudo, é claro que prevalece o texto constitucional.

Entretanto, o julgado acima mencionado traz posicionamento divergente. Vejamos:

Importante consignar que não houve alteração ou revogação expressa do dispositivo estatutário pela mencionada Emenda Constitucional n.º. 19/98, tampouco por qualquer outra lei ou medida provisória posterior. (BRASIL, 2004).

Veremos a seguir que o referido julgado se coaduna melhor ao sistema, pela própria distinção das naturezas dos dois institutos, que se confirma pela forma como são colocados no ordenamento.

5 DISTINÇÕES ENTRE O PERÍODO DE AQUISIÇÃO DA ESTABILIDADE E O PERÍODO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO

5.1 A Estabilidade no Serviço Público

O primeiro ponto necessário à compreensão da tese aqui defendida é a consolidação do entendimento de que a estabilidade do servidor se dará no serviço público e não no cargo em que ocupe. Para isso, rememoramos certos pontos do art. 41, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal e o art. 19 dos seus ADCT, *verbis*:

Art. 41. (...)

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em

disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. [...] (BRASIL, 1988).

O regramento do art. 19 dos ADCT, ainda que trate de condição especial de aquisição da estabilidade, traz expressamente a locução “são considerados estáveis *no serviço público*” e não no cargo em que estejam ocupando. Denota-se da interpretação da norma que, como regra geral, independentemente do cargo ou função ocupados no âmbito da Administração Pública, o servidor em efetivo exercício desde 5 de outubro de 1983 será considerado *estável no serviço público*.

Acompanhando o nosso pensamento, temos:

A estabilidade é instituto que guarda relação com o *serviço*, e não com o *cargo*. Emana daí que, se o servidor já adquiriu estabilidade no serviço ocupando determinado cargo, não precisará de novo estágio probatório no caso de permanecer em sua carreira, cujos patamares são alcançados normalmente pelo sistema de promoções. [...] O STJ já teve a oportunidade de anotar que “*a estabilidade diz respeito ao serviço público, e não ao cargo*”, aduzindo que “*o servidor estável, ao ser investido em novo cargo, não está dispensado de cumprir o estágio probatório nesse novo cargo*”. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 622).

Ou seja, vê-se que o autor reconhece a total distinção entre os institutos. Se vier a habilitar-se a cargo de natureza e carreiras diversas, o servidor terá que se submeter a novo estágio probatório para a aquisição da estabilidade.

Sobre o tema, Mello (2008, p. 302) chega à seguinte conclusão:

Uma vez que, por força destas estabilizações [as referentes ao art. 19 dos ADCT], passavam a existir servidores estáveis sem cargo, costumava-se dizer que a estabilidade é no “serviço público”. Cumpre, entretanto, advertir que a estabilidade confere direito de permanecer no serviço público *vinculado à atividade da mesma natureza de trabalho para a qual o servidor ingressou*.

A consequência maior disso está quando se faz a interpretação conjunta aos arts. 37, II e 39⁷ da Constituição Federal. A análise conjugada dos dispositivos constitucionais faz com que haja a necessidade de um enquadramento de servidores declarados estáveis pelo art. 19 das ADCT à nova sistemática do ordenamento.

Assim, os servidores declarados estáveis terão suas funções, empregos ou cargos, que não satisfaziam o novo conceito jurídico de cargo público, adaptadas aos novos regimes jurídicos criados pós-88. Ainda que sejam mantidas as denominações dos cargos, tornando-os extintos a vagar quando da exoneração, demissão, aposentadoria ou morte de determinado ocupante, o que ocorre, na verdade, é uma colocação em novo cargo, já que o servidor passa a se submeter a regime

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (BRASIL, 1988).

jurídico inteiramente distinto do anterior, obtendo novos direitos, deveres, atribuições e remuneração que se adequam aos dos novos cargos criados.

Tal distinção entre estabilidade no cargo e no serviço público também é evidente no caso do art. 41, §2º, da Constituição. Aqui, o servidor que passaria a ocupar cargo anteriormente pertencente a outro servidor irregularmente demitido apenas teria direito a ser reconduzido, aproveitado ou colocado em disponibilidade “se estável”, como traz a literalidade da norma. Da mesma maneira, na situação do §3º, somente ficará em disponibilidade em decorrência de extinção ou de declaração de desnecessidade de manutenção de cargo público o servidor que já tenha adquirido a estabilidade.

Percebe-se, então, que a estabilidade está completamente desvincilhada do cargo ocupado pelo servidor público. De fato, o ordenamento preocupa-se com a estabilidade no serviço, havendo, inclusive, como acima ressaltado, situações em que, ainda que sem cargo público, o servidor mantém-se vinculado à Administração.

5.2 O Estágio Probatório no Cargo Público

Conforme mencionado no item 2 deste estudo, o estágio probatório nada mais é que um período em que a Administração Pública avalia se determinado servidor realmente tem capacidade de atender às necessidades daquele cargo efetivo no qual está em exercício.

Trazemos aqui, a título ilustrativo, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Maranhão, Lei nº. 6.107/94, que, assemelhando-se à Lei nº. 8.112/90, diz que:

Art. 23. Ao entrar em exercício, **o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses**, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para **o desempenho do cargo**, observados os seguintes fatores:

- I - assiduidade;
- II - disciplina;

III - capacidade de iniciativa;

IV - produtividade;

V - responsabilidade.

§ 1º . Quatro meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V deste artigo.

§ 2º . O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no art. 33. (grifo nosso).

Como se percebe da própria dicção legal das mencionadas normas, durante o estágio probatório, observa-se a aptidão e a capacidade para o *desempenho do cargo*.

Em oposição a isso, temos o posicionamento de Moraes (2005, p. 355):

A administração pública, durante **o estágio probatório, avalia a conveniência da confirmação efetiva do servidor concursado no funcionalismo público**, aferindo requisitos objetivos que demonstrem sua idoneidade moral, sua eficiência, aptidão, assiduidade, moralidade, etc. Mesmo durante *o estágio probatório*, o funcionário concursado não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. (grifo nosso).

Todavia, como vimos, incabível é tal pensamento. Autores como Alexandrino e Paulo (2008, p. 311) são bem claros quanto à definição:

Já o estágio probatório visa a avaliar a aptidão do servidor para o exercício de um determinado cargo. Sempre que o servidor tomar posse e entrar

em exercício em um novo cargo, será submetido ao estágio probatório, não importa quantos anos de exercício o servidor tenha prestado em outros cargos da mesma ou de outra Administração. É, portanto, possível (e comum) que um servidor estável seja submetido a estágio probatório. Existe, como já vimos, a possibilidade de o servidor estável ser considerado inapto para o exercício do novo cargo em que haja tomado posse (ou, seja, que o servidor estável seja “reprovado” no estágio probatório), devendo, então, ser reconduzido ao cargo por ele anteriormente ocupado.

Entendimento semelhante é o do STJ no já mencionado MS 9373-DF:

Concluo, assim, que o prazo de aquisição de estabilidade no serviço público não resta vinculado ao prazo do **estágio probatório o qual visa, vale mais uma vez ressaltar, avaliar a aptidão do servidor para o exercício de um determinado cargo**. (BRASIL, 2004, grifo nosso).

5.3 O Tratamento Normativo

Da análise normativa, verifica-se que tanto a Constituição Federal quanto a Lei Ordinária tratam da estabilidade. A primeira, nos arts. 41, 169 e 247 (este último que trata da lei que regula os artigos anteriores) e no art. 19 dos ADCT e a segunda, além de trazer diversos pontos que abrangem direitos inerentes ao servidor estável⁸, tem seção específica que dispõe sobre a estabilidade, destacando-se o art. 21, supracitado.

Por sua vez, salvo nos casos das regras transitórias do art. 21 dos ADCT (que traz regra de estabilidade excepcional de juízes toga-

⁸ A exemplo, temos os arts. 22, 25, c; 28; 29; 37, § 3º; 133, I; e 149 da Lei nº 8.112/90 (BRASIL, 1992).

dos, sem exigência dos 05 anos do art. 19 dos ADCT) e do art. 28 da EC do nº. 19/98⁹, a Constituição Federal de 1988 não faz menção ao estágio probatório. Diversamente, como vimos, ocorre na legislação infraconstitucional, que adentra aprofundadamente ao tema.

Deste modo, facilmente constatamos que o instituto da estabilidade é matéria constitucional, sendo regulada, em cada unidade federativa, por seu respectivo regime jurídico de servidores públicos. Por outro lado, o estágio probatório é matéria eminente infraconstitucional, com regras escolhidas por cada ente de acordo com seu estatuto.

Esse era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no MS 9373-DF:

O conceito de estabilidade decorre do texto constitucional. Trata-se de direito de permanência no serviço público outorgado ao servidor que tenha transposto o estágio probatório. Ao término de três anos de efetivo exercício, o servidor será avaliado por uma comissão especial constituída para esta finalidade. (BRASIL, 2004).

Disso, já se tem uma comprovação de que a alteração temporal do art. 41 da Constituição (período de concessão da estabilidade) em nada tem a ver com o prazo estipulado no art. 20 da Lei nº. 8.112/90 (período de estágio probatório). Na verdade, a opção legislativa é tão latente, que o próprio Estatuto faz menção aos dois institutos em pontos diferentes e adotando critérios temporais distintos. Enquanto o art. 20 está inserido na Seção IV – Da Posse e do Exercício – e fala em 24 meses de estágio probatório, o art. 21, está na Seção V – Da Estabilidade –, estabelecendo 02 anos de aquisição de estabilidade.

Em face de tão clara realidade, não há como se falar em ter a EC nº. 19/98 suspenso a eficácia do art. 20, *supra*. Na verdade, o que está com eficácia momentaneamente suspensa do ordenamento é o art. 21 acima, no que tange ao prazo de 02 anos nele contido. Como pode-

⁹ Acerca do Art. 28 da Emenda Constitucional nº. 19/98, tomaremos comentários específicos adiante.

mos observar, nem mesmo os referenciais temporais são os mesmos, visto que, enquanto um artigo fala em meses, o outro fala em anos.

Acentuando tal distinção e enfatizando ser o estágio probatório matéria eminentemente infraconstitucional, temos as recentes alterações legislativas promovidas pela Medida Provisória n.º 431 e pela Lei n.º 11.874/2008.

Como se sabe, a Lei n.º 8.112/90 é datada de 11 de dezembro de 1990, e, apesar da Emenda Constitucional n.º 19/98, restou inalterada, neste ponto em estudo, até a edição da Medida Provisória n.º 431, de 14 de maio de 2008, que, em seu art. 172, trouxe:

Art. 172. A Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a **estágio probatório por período de trinta e seis meses** durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguinte fatores:

.....
 § 1º Quatro meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V deste artigo.” (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

Percebe-se, então, que, somente após quase 10 anos da aludida Emenda Constitucional, passou a vigor, no âmbito federal, o período de 36 meses de estágio probatório aos servidores investidos em cargos de provimento efetivo.

Todavia, em 22 de setembro de 2008, a Lei n.º 11.874, resultante da conversão em lei da mencionada Medida Provisória, foi assim redigida:

Art. 172. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:
 “Art. 20.
 § 1º 4 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do caput deste artigo”. (BRASIL, 2008b).

Desta forma, sendo omissa a nova Lei quanto ao *caput* do art. 20 da Lei nº. 8.112/90, é evidente que esse dispositivo original voltou a ter plena vigência, fazendo retornar o estágio probatório de 24 meses no serviço público federal.

Vale ressaltar que a Medida Provisória nº. 431 e a Lei nº. 11.874/2008 nada dispuseram acerca da estabilidade de servidores, sem nem ao menos mencionarem o art. 21 da Lei nº. 8.112/90, ratificando o entendimento de que a matéria da estabilidade é regulada diretamente pela Constituição Federal, e apenas de maneira reflexa pela legislação ordinária, o que não ocorre no caso do estágio probatório, de tratamento exclusivo na legislação infraconstitucional.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o próprio Ministro Hélio Quaglia Barbosa, ao registrar seu voto no MS 9.373-DF, fez questão de consignar que:

Fixando a diferença substancial entre os conceitos de estabilidade e estágio probatório, os quais buscam diagnósticos distintos e têm efeitos diversos, por ato infralegal, não havia como pretender a extensão do prazo do estágio probatório para que ele viesse a coincidir com a duração do prazo para a aquisição da estabilidade. Convença-se o Poder Público da conveniência da oportunidade de tal modificação. A meu ver, a via própria é a legislativa. (BRASIL, 2004).

Como dito inicialmente, o prazo do estágio probatório fica, assim, a critério do legislador infraconstitucional de cada unidade federativa, ao dispor sobre o estatuto dos seus respectivos servidores públicos, não havendo que se vislumbrar vinculação às disposições constitucionais acerca da estabilidade.

5.4 A avaliação do art. 41, §4º, da Constituição Federal

A inserção do §4º ao art. 41 da Constituição Federal impôs ao ordenamento uma nova condição para a aquisição da estabilidade: a necessidade de avaliação do servidor para esse fim.

A esse respeito, Carvalho Filho (2008, p. 621):

Uma observação deve ser feita a propósito das novas condições para a aquisição da estabilidade. De um lado, a Constituição impõe o cumprimento de requisito temporal (art. 41, *caput*) e, de outro, exige que o servidor tenha seu desempenho aprovado por comissão de avaliação (art. 41, §4º).

Assim, o novel dispositivo traz: “como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a **avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade**”.

Por outro lado, bem antes da promulgação da EC nº. 19/98 a Lei nº. 8.112/90 já previa, em seu art. 20, §1º, “**avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo**”.

Assim, já pela literalidade dos termos, mais do que óbvio é o fato de que a avaliação referida na norma constitucional é totalmente distinta da avaliação colocada na Lei. Enquanto aquela tem caráter *especial*, realizada por comissão destinada a tal fim, essa é ordinária, comum, feita por outra comissão, tendo outra finalidade. Agrega-se a isso o fato de que a avaliação prevista na lei seguirá os regramentos específicos de cada carreira ou cargo, enquanto a avaliação constitucional será genérica, pois não visará à adequação de determinada pessoa a um cargo em especial, mas a sua adequação ao serviço público em si,

tomando-se em conta se o servidor faz jus a se manter ali de maneira permanente.

A estabilidade, antes da Emenda 19/98, era um atributo do servidor ocupante de cargo efetivo que se aperfeiçoava com a simples passagem do período de dois anos. A aquisição da estabilidade era um fenômeno de natureza objetiva: passado o período sem a exoneração do servidor, considerava-se adquirida a estabilidade no serviço público. Atualmente, em nossa opinião, não mais se pode falar em aquisição objetiva da estabilidade. Isso porque a Emenda nº. 19/98 introduziu o §4º ao art. 41 da Constituição, passando estabelecer (*sic*) como condição para a aquisição da estabilidade a submissão do servidor a uma avaliação especial de desempenho feita por comissão instituída para esse fim. Como não mais é possível a aquisição da estabilidade por simples decurso de prazo, entendemos que não mais se pode falar em aquisição de estabilidade como um fato jurídico objetivo. (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 311).

Há de se entender que a Constituição Federal prevê uma avaliação específica para a aquisição da estabilidade. Feita por uma comissão especial para esse fim e que é distinta da comissão que trata da avaliação de estágio probatório. Nesta, sendo o estágio probatório inerente ao cargo, o servidor demonstra sua assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade **no cargo em específico**. Por sua vez, naquela, sendo a estabilidade no serviço público, serão avaliados não somente estes fatores, mas outros que mostrem à Administração que aquele servidor faz jus à amálgama de direitos peculiares à estabilidade, avaliações estas que serão renovadas periodicamente, nos termos do art. 41, III, da Constituição Federal¹⁰.

¹⁰ Sobre a avaliação constitucional, vale mencionar a ressalva de Carvalho Filho (2008, p. 621) sobre o caso de inércia da Administração: “Caso a administração não institua a comissão ou esta retarde sua decisão para após o prazo de três anos, deverá considerar-se que o servidor,

5.5 O Instituto da Recondução na Compreensão do Tema

Para exemplificar o grau de distinção entre os institutos ora estudados, e todas as conseqüências que a sua má interpretação pode trazer, escolhemos a análise da recondução por “inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo” prevista no art. 29, I, da Lei nº 8.112/90, *verbis*:

Art. 29. Recondução é o **retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado** e decorrerá de:

I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;

II - reintegração do anterior ocupante.

Parágrafo único. Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro, observado o disposto no art. 30. (BRASIL, 1992).

Nas palavras de Mello (2008, p. 308):

Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo que dantes titularizava, que por ter sido inabilitado no estágio probatório relativo a outro cargo para o qual subsequentemente fora nomeado, quer por haver sido desalojado dele em decorrência de reintegração do precedente ocupante.

Para Carvalho Filho (2008, p. 581):

Recondução é o retorno do servidor que tenha estabilidade ao cargo que ocupava anteriormente, por motivo de sua inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou pela reintegração

cumprido o prazo, terá adquirido a estabilidade, mesmo sem a avaliação da comissão. É que a norma da avaliação funcional por comissão especial foi criada em favor da Administração, de modo que se esta não concretiza a faculdade constitucional, deve entender-se que *tacitamente* avaliou o servidor de forma positiva”.

de outro servidor ao cargo do qual teve que se afastar.

Como situação hipotética para compreensão do tema, pensemos que um dado servidor “A” que, aprovado em concurso público, entra em exercício em um cargo “X” da Administração. Após ter ultrapassado o estágio probatório do cargo “X” e adquirido a estabilidade no serviço público, o servidor “A” é nomeado para outro cargo de provimento efetivo (cargo “Y”), e nesse entra em exercício. Em decorrência disso, em respeito ao art. 20 da Lei nº. 8.112/90, deverá o servidor “A” passar por novo estágio probatório (agora para o cargo “Y”). Todavia, não sendo aprovado no estágio probatório para este novo cargo em específico, o servidor “A” tem o direito de ser reconduzido ao cargo “X”, uma vez que já era estável no serviço público.

A partir do exemplo, traçamos os seguintes questionamentos:

Qual o período do primeiro estágio probatório – cargo “X”? Segundo o que defendemos, de 24 meses (art. 20 da Lei nº. 8.112/90); segundo o posicionamento divergente, de 03 anos (art. 41 da Constituição).

Qual o período de estabilidade? Unanimemente de 03 anos (art. 41 da Constituição Federal).

Qual o período do segundo estágio probatório? Da mesma forma, segundo o que defendemos, 24 meses (art. 20 da Lei nº. 8.112/90); segundo o outro entendimento, de 03 anos (art. 41 da Constituição Federal).

Estando o cargo “X” ocupado por outro servidor, quais atividades desempenhará o servidor “A” quando do seu retorno? Será colocado em aproveitamento nos termos do art. 29, parágrafo único e do art. 30¹¹ da referida Lei.

Daí, concluímos, de início, pela ratificação de que o estágio probatório é, de fato, no cargo público ocupado. Não importa quantos sejam os cargos públicos de provimento efetivo que venham a ser ocupados pelo servidor, sempre será obrigatória uma nova avaliação de desempenho. Essa é a intenção da norma ao dizer que um

¹¹ Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado. (BRASIL, 1992).

servidor já estável poderá ser inabilitado em estágio probatório relativo a outro cargo.

Da mesma forma, o instituto confirma o posicionamento de que a estabilidade se dá no serviço público e não no cargo, uma vez que, enfrentando novo estágio probatório, o servidor não deixa de ter todos os direitos inerentes ao servidor estável elencados na lei e na Constituição Federal.

Além disso, estando o seu cargo anterior ocupado, por ser estável no serviço público, e não no cargo, o servidor será aproveitado em cargo distinto daquele, mas com atribuições e vencimentos compatíveis ao cargo para o qual já fora declarado apto ao exercício.

Aliás, esse é o motivo para o qual dissemos em nota anterior (v. nota nº. 5) ser impossível, ao menos na sistemática atual, a aquisição da estabilidade por servidor que ainda não foi aprovado em nenhum estágio probatório. Isso ocorre porque a solução dada pela lei ao servidor estável que é inabilitado estágio probatório é o seu aproveitamento em funções às quais já provou sua capacidade (quer seja no mesmo cargo, quer seja em cargo compatível). Não tendo provado isso ainda para nenhum cargo, inviável seria o aproveitamento do servidor, deixando-o sem exercício em qualquer função. Ou seja, o fundamento de o servidor ser aproveitado no mesmo cargo ou em outro compatível é o fato de este já ter provado que é capaz de exercer tais atribuições; o que não conseguiu fazer no novo cargo pleiteado.

Ademais, quanto aos respectivos períodos, a nosso ver, no exemplo dado, o servidor “A”, passaria pelo período de 02 anos de efetivo exercício e completaria estágio probatório do cargo “X”. Após mais um ano de efetivo exercício, adquiriria a estabilidade. Por fim, quando ingressasse no cargo “Y”, precisaria de mais 02 anos para ser considerado apto a este novo cargo, perfazendo-se um total de 05 anos.

Todavia, no entendimento da outra corrente doutrinária, o servidor passaria por um período inicial de três anos no cargo “X”, onde, ao mesmo tempo, estaria aprovado no estágio probatório e adquiriria a estabilidade, e seria obrigado a enfrentar um novo período de mais 03 anos para ser considerado apto no novo cargo (cargo “Y”), completando-se, portanto, 06 anos.

Conjugar o prazo estabilidade ao do estágio probatório (vinculação quase visceral, como dissemos anteriormente) é dar ao servidor um ônus que não lhe foi colocado pelo ordenamento! Assim, além de estar obrigado a enfrentar mais um ano de avaliação de estágio probatório, o servidor ficaria, por mais um ano, impedido de exercer certos direitos conferidos somente àqueles aprovados nos respectivos cargos (*vide*, por exemplo, o art. 20, §4º, da Lei nº. 8.112/90).

Esse é o entendimento da Min. Laurita Vaz, do STJ, no julgado já citado:

De outra parte, sempre que o servidor estável tomar posse e entrar em exercício em novo cargo de provimento efetivo, será, por outra vez, submetido a estágio probatório. Acaso reprovado, deve ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado em face da estabilidade adquirida no serviço público. A par de tais considerações, exsurge claro que estabilidade e estágio probatório são institutos distintos. (BRASIL, 2004).

Da mesma forma entendeu o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº. 24.543-3/DF:

A presunção, entretanto, é que adquiriu estabilidade no cargo municipal, porque ultrapassado, de muito o prazo de dois anos de estágio probatório (Lei 8.112/90, art. 20) e o prazo de três anos para aquisição da estabilidade (C.F., art. 41), convindo esclarecer que o direito, que assiste ao servidor, de retornar ao cargo antigo ocorre no prazo do estágio, que é de dois anos (Lei 8.112/90, art. 20). (BRASIL, 2003b, p. 8).

Se isso já seria injusto com o servidor que inicia sua carreira pública, mais ainda o é (se é que se pode falar em gradação de injustiças) em relação àquele servidor que consegue galgar sucessivos cargos públicos de provimento efetivo, tendo que sofrer a reiterada aplicação deste dissenso.

Igualar os períodos é conjugar a avaliação de estágio probatório à avaliação de aquisição de estabilidade; é igualar os seus teores. Sendo assim, o servidor que já se mostrou merecedor da estabilidade no serviço público teria que provar isso novamente através de uma avaliação de estágio probatório, que acabaria tendo os mesmos termos de uma avaliação para estabilidade, visto que feita. Ou seja, um servidor já estável, ao completar os 03 anos em um novo cargo, em vez de ter que ser avaliado tão somente quanto à sua capacidade em exercer essa nova atribuição, teria que passar, também, por uma avaliação que provasse ter condições de ser estável no serviço público, igualmente a qualquer outro servidor que esteja ingressando na carreira pública.

Isso desvirtua, inclusive, a avaliação específica presente art. 41, III, da Constituição Federal. É essa a avaliação que afere a manutenção da estabilidade do servidor público e não a avaliação comum de estágio probatório.

6 O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O TEMA

Feita a análise teórica da questão, dedicamos parte do estudo à avaliação do posicionamento dos órgãos do judiciário no país.

Como vimos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre foi firme no entendimento semelhante ao ora defendido. Além dos julgados já mencionadas no correr deste ensaio, trazemos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. PROCURADOR FEDERAL. PROMOÇÃO E PROGRESSÃO NA CARREIRA. **ESTÁGIO PROBATÓRIO E ESTABILIDADE. INSTITUTOS JURÍDICOS DISTINTOS.** EFEITOS FINANCEIROS RETROATIVOS. SÚMULAS 269/STF E 271/STF. ART. 1º DA LEI 5.021/66. NÃO-INCIDÊNCIA NA HIPÓTESE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(...)

4. Estágio probatório e estabilidade são institutos jurídicos distintos. O primeiro tem por objetivo aferir a aptidão e a capacidade do servidor para o desempenho do cargo público de provimento efetivo. O segundo, constitui uma garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada àquele que transpôs o estágio probatório. Precedente.

5. O servidor público federal tem direito de ser avaliado, para fins de estágio probatório, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Por conseguinte, apresenta-se incabível a exigência de que cumpra o interstício de 3 (três) anos para que passe a figurar em listas de progressão e de promoção na carreira a qual pertence.

(...)

8. Segurança concedida. (BRASIL, 2008e, grifo nosso).

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR FEDERAL. PROMOÇÃO. ESTÁGIO PROBATÓRIO DE VINTE E QUATRO MESES. ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO. TRÊS ANOS. INSTITUTOS DISTINTOS. EFEITOS RETROATIVOS DESDE A DATA EM QUE DEVERIA SER PROMOVIDO. PRECEDENTE TERCEIRA SEÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a estabilidade no serviço público e o estágio probatório são institutos distintos, razão pela qual é incabível a exigência de cumprimento do prazo constitucional de três anos para que o servidor figure em lista de promoção na carreira.

2. Segurança concedida, para declarar o direito das impetrantes de serem avaliadas no prazo de

vinte e quatro meses para fins de estágio probatório, com os efeitos funcionais e financeiros decorrentes desde a data em que deveriam ser promovidas. (BRASIL, 2008d, grifo nosso)¹².

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCURADOR FEDERAL. PROMOÇÃO. **ESTÁGIO PROBATÓRIO DE VINTE E QUATRO MESES. EFEITOS RETROATIVOS DESDE A DATA EM QUE DEVERIA SER PROMOVIDO. PRECEDENTES.**

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a estabilidade no serviço público e o estágio probatório são institutos distintos, razão pela qual é incabível a exigência de cumprimento do prazo constitucional de três anos para que o servidor figure em lista de promoção na carreira. Precedentes.

2. Segurança concedida, para declarar o direito da impetrante de ser avaliada no prazo de vinte e quatro meses para fins de estágio probatório, com os efeitos funcionais e financeiros decorrentes desde a data em que deveria ser promovida. (BRASIL, 2008f, grifo nosso).

Era pacífica, portanto, a jurisprudência do STJ.

Entretanto, na seara administrativa, os órgãos superiores da justiça adotavam posicionamento distinto. Tomemos como exemplo, o Supremo Tribunal Federal. Na Resolução nº. 200/2000, que trata da avaliação de desempenho no estágio probatório de seus servidores, a Corte afirma:

¹² Assim se pronunciou a Relatora do *mandamus*, a Desembargadora convocada do TJ/MG, Jane Silva: “Destarte, a jurisprudência que se firmou no STJ é no sentido de que, é incabível a exigência de que o servidor cumpra o interstício de três anos do prazo de estabilidade para que passe a figurar em lista de promoção na carreira a qual pertence, tendo em vista que o estágio probatório não se confunde com a estabilidade constitucional”. (BRASIL, 2008d, p. 06-07).

Art. 1º Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo cumprirá **estágio probatório pelo período de trinta e seis meses**, durante o qual sua aptidão e sua capacidade para o desempenho das atribuições do cargo serão objeto de avaliação. (BRASIL, 2000a, grifo nosso).

Nota-se, portanto, que o STF adota, no âmbito de seus servidores, o estágio probatório de trinta e seis meses.

A mencionada Resolução teve consequência direta em uma determinante decisão do Conselho Nacional de Justiça sobre o caso. Trata-se aqui do Pedido de Providências nº. 822/2006, da Relatoria do Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues, julgado em 12 de setembro de 2009, assim ementado:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. CONSULTA SOBRE A VINCULAÇÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO (ART. 10 *(sic)*¹³ DA LEI 8.112/90) AO PERÍODO DE TRÊS ANOS EXIGIDO PARA A AQUISIÇÃO DA ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO (CF, ART. 41). PERTINÊNCIA DOS QUESTIONAMENTOS E DEFINIÇÃO DO PRAZO DE 03 ANOS PARA O ESTÁGIO PROBATÓRIO, NA FORMA DO ART. 41 DA CF C/C A RESOLUÇÃO STF Nº. 200/2000. (BRASIL, 2006a, p. 1).

O processo tem trâmite interessante que merece ser esmiuçado.

Cuidam os autos, basicamente, de uma consulta feita pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) em que este órgão solicita ao Conselho Nacional de Justiça um posicionamento exatamente sobre a matéria aqui discutida.

Fundamenta o CSJT que:

¹³ É evidente o erro material na Ementa. Como vimos, é o art. 20 (e não o art. 10) da Lei nº. 8.112/90 que cuida do estágio probatório.

Tendo em conta que o assunto em pauta ultrapassa os limites do mero interesse individual; por estar **constatado que a matéria vem tendo regramento diferenciado nos órgãos que integram o Poder Judiciário**; por ser necessária uma uniformização e um tratamento equânime e isonômico no âmbito desse Poder e, finalmente para sanar eventuais incompatibilidades com as normas legais que regem a matéria [...]. (BRASIL, 2006a, p. 1, grifo nosso).

O Relator, ao fundamentar seu voto, reconhece que a inércia do legislador ordinário frente à alteração constitucional impõe dúvidas reais quanto à aplicação dos institutos:

2. Com o advento da Emenda Constitucional nº. 19/1998, que alterou o art. 41 da CF, o prazo para a aquisição da estabilidade no serviço público foi elevado de dois para três anos.

Não houve, contudo, e curiosamente, qualquer alteração na legislação infraconstitucional que disciplina o prazo em que o servidor deve ser submetido ao estágio probatório (art. 20 da Lei 8.112/90).

Em face da dissonância temporal entre as normas constitucional e legal referidas, portanto, há dúvida sobre o prazo em que o servidor estará submetido ao estágio probatório, se por dois (Lei 8.112) ou três anos (CF). (BRASIL, 2006a, p. 2).

Seu posicionamento final, contudo, adota a corrente contrária da aqui defendida, concluindo pela determinação do estágio probatório, no âmbito do Poder Judiciário em 03 (três) anos. Afirma o Relator:

Com a vênua devida dos que pensam o contrário, não vejo como dissociar o estágio probatório definido no art. 20 da Lei 8.112/90 da estabilidade conferida ao servidor público no art. 41 da CF. De fato, de acordo com o sistema normativo vi-

gente, o estágio probatório constitui pressuposto ou requisito fundamental para a aquisição da estabilidade, pouco importando tenha o legislador constituinte derivado, por ocasião da EC 19/98, inserido novas regras para a estabilidade.

[...]

Acrescento, por fim, que o Supremo Tribunal Federal (Resolução nº. 200/2000) e o Tribunal Superior do Trabalho (Resolução nº. 680/2000) definiram para seus servidores estágio probatório com duração de 36 (trinta e seis) meses.

[...]

Ante o exposto, precedente a consulta, cabe responder que o estágio probatório a ser observado para os servidores do Poder Judiciário foi ampliado de dois para três anos, consoante art. 41 do Texto Constitucional. (BRASIL, 2006a, p. 4-7).

Em sede de recurso, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal (SINDJUS/DF), informa que, antes mesmo do julgamento de tal processo, a Comissão de Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já rediscutia a mencionada Resolução nº. 200/2000 através do processo nº. 316.202. Em decorrência disso, em 16 de outubro de 2006, ou seja, pouco mais de um mês da decisão plenária, o relator do caso entendeu por bem sobrestar os autos até a decisão daquela Corte. (BRASIL, 2006b).

Aqui, bastante interessante é o reconhecimento do próprio relator sobre o caminhar do STF. Vejamos:

É bem verdade que o ministro Nelson Jobim, então Presidente do STF, aprovou parecer elaborado pelo antigo Diretor-Geral daquela Corte, em 25.10.2005, reconhecendo a duração do estágio probatório em 24 (vinte e quatro) meses, o que ensejou a prática de diversos atos de progressão funcional de servidores. (BRASIL, 2006b, p. 1).

Em face desse sobrestamento, o processo fica parado até 09 de setembro de 2008, quando é colocado novamente em mesa agora

por novo Relator, o Conselheiro Altino Pedrozo dos Santos. O recurso agora julgado, o Pedido de Esclarecimentos no Pedido de Providências nº. 822/2006 (BRASIL, 2008c) traz aspectos extremamente interessantes, mas acaba por concluir pelo estágio probatório de 36 (trinta e seis) meses.

De início, o voto do relator ratifica a extrema dúvida que permeia os institutos. Dessa vez, o parâmetro tomado é o Tribunal Superior do Trabalho:

De fato, a Resolução nº. 680, de 10 de fevereiro de 2000, do Tribunal Superior do Trabalho, que dispunha, em seu artigo 21, que o estágio probatório para os seus servidores teria duração de trinta e seis (36) meses, foi alterada pela Resolução nº. 1.145, de 1º. de junho de 2006, que passou a estabelecer como sendo de vinte e quatro (24) meses esse período (item I). Todavia, esta última Resolução foi revogada por outra editada no mesmo ano, a de nº. 1.187, do dia 07 de dezembro, que voltou a estabelecer no parágrafo único do artigo 22 que o estágio probatório dos servidores daquela Corte teria duração de trinta e seis (36) meses. (BRASIL, 2008c, p. 3)¹⁴.

Primeiramente, é facilmente verificável que o CNJ, quando da decisão do PP 822/2006, fundou-se, em parte, em norma revogada, visto que, como visto acima, a Res. nº. 680/2000 – TST já não tinha vigência em 12.09.2006, data daquele julgamento.

Da mesma maneira, o STF, em sessão administrativa de 02 de abril de 2008, entendeu por manter o estágio probatório em 36 (trinta e seis) meses (BRASIL 2008a, p. 3).

¹⁴ Numa análise histórica das normatizações no âmbito do TST temos que, tomando como ponto de partida a Res. Nº. 680/2000 (BRASIL, 2000b), observa-se, em seu art. 21, o estágio probatório de 36 (trinta e seis) meses. Em 1º de junho de 2006, há a mencionada alteração para um período de 24 (vinte e quatro) meses pela Res. 1.145/2006 (BRASIL, 2006c). A Res. nº. 1.153/2006, de agosto do mesmo ano, confirma o entendimento pelos vinte e quatro meses (BRASIL, 2006d). Por fim, a Res. 1.187/2006 (BRASIL, 2006e) revoga a Res. 680/2000 e determina o estágio probatório de trinta e seis meses.

Especial destaque aqui é dado ao último fundamento da nova decisão. No intuito de concluir seu pensamento, o Relator abaliza-se na redação do art. 20 da Lei nº. 8.112/90 dado pela Medida Provisória nº. 431/2008, que, como vimos, previa um estágio probatório de 36 (trinta e seis) meses. Contudo, a MP, de acordo com o já exposto, não teve este ponto convertido em lei, retornando a matéria infraconstitucional ao período de 24 (vinte e quatro) meses.

Ademais, em que pese o fato da existência dos precedentes mencionados pelo SINDIJUS/DF, recentemente, em 14 de maio do corrente ano, o *caput* do artigo 20 da Lei nº. 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, **foi alterado pela Medida Provisória nº. 431**, passando a ter a seguinte redação:

[...]

Diante do comando inscrito nessas disposições legais, é inarredável a conclusão já externada por este Conselho na decisão acima transcrita, de que o estágio probatório, definido no artigo 20 da Lei nº. 8.112/1990, e a estabilidade conferida ao servidor público, inclusive do Poder Judiciário, no artigo 41 da Constituição Federal são institutos que se encontram vinculados e que, portanto, devem ter o mesmo lapso temporal, de modo que não cabe mais nenhuma discussão acerca do tema. (BRASIL, 2008a, p. 4, grifo nosso).

Infelizmente, com todas as vênias, o CNJ, a nosso ver, peca novamente. A decisão do Colendo Conselho traz como um de seus fundamentos norma que poucos dias depois seria retirada do ordenamento pátrio. Como já demonstrado, em 22 de setembro, poucos dias após o julgamento do Pedido de Esclarecimentos, a MP nº. 431/2008 é convertida na Lei nº. 11.874/2008, que retoma o estágio probatório aos 24 (vinte e quatro) meses originais.

O Superior Tribunal de Justiça também passou a mudar seu entendimento quanto à matéria. A despeito do que já estava consoli-

dado até o ano de 2008, a jurisprudência mais recente da Corte tem apontado em sentido inverso, aceitando o estágio probatório de 03 (três) anos¹⁵.

O caso emblemático que clarifica a guinada jurisprudencial é o do Mandado de Segurança nº. 12.523-DF, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, com a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF. EC Nº 19/98. PRAZO. ALTERAÇÃO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. OBSERVÂNCIA.

I - Estágio probatório é o período compreendido entre a nomeação e a aquisição de estabilidade no serviço público, no qual são avaliadas a aptidão, a eficiência e a capacidade do servidor para o efetivo exercício do cargo respectivo.

II – Com efeito, o prazo do estágio probatório dos servidores públicos deve observar a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98 no art. 41 da Constituição Federal, no tocante ao aumento do lapso temporal para a aquisição da estabilidade no serviço público para 3 (três) anos, visto que, apesar de institutos jurídicos distintos, encontram-se pragmaticamente ligados.

III - Destaque para a redação do artigo 28 da Emenda Constitucional nº 19/98, que vem a confirmar o raciocínio de que a alteração do prazo para a aquisição da estabilidade repercutiu no prazo do estágio probatório, senão seria de todo desnecessária a menção aos atuais servidores em estágio probatório; bastaria, então, que se determinasse a aplicação do prazo de 3 (três) anos aos novos servidores, sem qualquer explicitação, caso não houvesse conexão entre os institutos da estabilidade e do estágio probatório.

¹⁵ No mesmo sentido: RMS 23689 – RS. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; AgRg no MS 14396 – DF. Terceira Seção. Rel. Min. Jorge Mussi; AgRg no Ag 1129708 – DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

PROCURADOR FEDERAL. PROMOÇÃO E PROGRESSÃO NA CARREIRA. PORTARIA PGF 468/2005. REQUISITO. CONCLUSÃO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

IV – Desatendido o requisito temporal de conclusão do estágio probatório, eis que não verificado o interstício de 3 (três) anos de efetivo exercício da impetrante no cargo de Procurador Federal, inexistente direito líquido e certo de figurar nas listas de promoção e progressão funcional, regulamentadas pela Portaria PGF nº 468/2005. Ordem denegada. (BRASIL, 2009, p. 2).

Em síntese, o voto do relator chama a Corte a uma nova reflexão sobre o tema. Afirma que a redação inicial da Constituição Federal seguiu a linha das Cartas de 1946, 1967 e 1969, afirmando a estabilidade em 02 (dois) anos e que sob essa inspiração teria a Lei nº. 8.112/90 fixado o estágio probatório sob idêntico prazo; cita a maciça doutrina que defende o posicionamento de que após a Emenda Constitucional nº. 19/98, o período de estágio probatório teria sido modificado para 03 (três) anos; e reconhece a frustrada tentativa de alteração promovida pela MP nº. 431/08.

O Relator aceita o entendimento já firmado no STJ de que os institutos são totalmente distintos¹⁶. Contudo, assegura isso não determina que seus prazos devam coincidir necessariamente.

Com esse julgado, a Terceira Seção do STJ abandona o posicionamento já há muito firmado, e aqui defendido, para aderir à corrente defendida pela doutrina.

¹⁶ Ainda que propugne em corrente distinta da aqui defendida, é extremamente preciosa a distinção feita pelo Min. Felix Fischer acerca dos institutos:

“Constitui, pois, o **estágio probatório** uma **obrigação** a que deve se submeter o servidor público, em homenagem ao princípio da eficiência, para demonstrar, na prática, que tem aptidão para o cargo ao qual foi selecionado em concurso público.

Já a **estabilidade** é um **direito** do servidor público; é uma **garantia** que adquire contra a ingerência de terceiros no sue mister, com distas ao desenvolvimento dos seus trabalhos de forma independente e permanente, sem perturbações de ordem externa, protegendo-se assim a impessoalidade e a continuidade dos serviços públicos”. (BRASIL, 2009, p. 6).

Não podemos concordar com esse posicionamento. De fato, os institutos estão intimamente ligados. Disso não há dúvidas. Todavia, manter uma distinção entre estes tão bem construída doutrinariamente como fez o Ministro e, ainda, sim, entendê-los como visceralmente vinculados é, no mínimo, contraditório.

O Relator chega a afirmar que os 12 (doze) meses compreendidos entre os dois períodos aqui estudados seriam um “limbo funcional” incongruente e sem utilidade que prejudicaria inclusive o servidor nos casos de recondução. De acordo com seu pensamento:

Nessa hipótese, apesar de a avaliação especial para a estabilidade estender-se até os três anos de efetivo exercício, a partir do segundo ano perderia o servidor o direito à recondução, pois não poderia mais retornar ao cargo anteriormente ocupado, já que findo o estágio probatório, nem seria mais detentor de estabilidade no serviço público, seja no novo cargo ou no antigo, em total prejuízo aos seus próprios interesses [...]. (BRASIL, 2009, p. 7).

Novamente, não é possível concordar. De fato, uma lei que coloca o estágio probatório em dois anos em vez de três, dá ao servidor um lapso menor para sua recondução. Entretanto, não há que se falar em perda da estabilidade. Como vimos, a estabilidade é única, é direito do servidor, é atributo dele e não de seu cargo.

O que se verifica é que, ao passo que o Relator é brilhante ao expressar nos arrazoados acima (nota 14) a distinção entre estágio probatório e estabilidade, na citação acima vemos que não aplica esse pensamento. Dizer que o servidor “não seria mais detentor da estabilidade no serviço público” é dizer que a mudança de cargo lhe abriria novo período de aquisição de estabilidade. O que somente poderia ser aceito por quem entende ser a estabilidade um atributo do cargo e não um direito do servidor que independe da função que exerça.

Na verdade, não se pode vislumbrar que o servidor que ultrapassa dois anos no cargo está “perdendo o direito de recondução”, muito menos que se encontra num “limbo”. A interpretação mais correta

parece ser a de que, perpassado esse prazo, e aprovado na respectiva avaliação, o servidor público, já estável, opta pela continuidade em novo cargo.

É imperioso lembrar que a recondução é caso excepcional. O caminho comum é o da continuidade no novo cargo logrado. Por isso mesmo, ao falar-se disso acima procurou-se a ênfase ao dizer que um estágio desnecessariamente prolongado aos três anos é que acarreta em prejuízo ao servidor público, visto que este passará, sem qualquer necessidade, por mais um ano de avaliação para aptidão no cargo que ocupa.

Ainda que se pense no servidor que inicia sua carreira pública, não há que se falar em “limbo funcional” no período entre estágio probatório e estabilidade. Como já explicado, o servidor será tido como apto para o exercício do cargo, mas ainda passará por avaliação *especial* em que demonstrará ter condições de receber todos os direitos inerentes à estabilidade. Essa parece ser a melhor compreensão do art. 41, §4º da Constituição Federal, que é claro em afirmar que “como condição para a *aquisição da estabilidade*, é obrigatória a *avaliação especial* de desempenho por comissão instituída para *essa finalidade*”.

Por fim, quanto ao argumento referente ao art. 28 da Emenda Constitucional nº. 19/98, novamente temos que tomar posição distinta da adotada. Segundo o referido artigo, “É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4º do art. 41 da Constituição Federal”.

O fundamento do julgado é o de que, se a norma faz menção à manutenção dos revogados dois anos para estabilidade aos servidores ainda em estágio probatório significa que os institutos têm repercussão direta entre si.

O entendimento parece equivocado. Vejamos. Não há dúvidas que os institutos guardam correlação. De acordo com o sistema atual, a estabilidade somente pode ser adquirida após aprovação em estágio probatório. Isso resta mais que claro. E é esse próprio entendimento a razão de ser da regra posta.

A questão é mais simples do que parece ser. O artigo mencionado fala em “servidores em estágio probatório”. Ora, se estes estão em estágio probatório, em regra, ainda não são estáveis, mas ingressaram

no serviço público com a expectativa da estabilidade aos dois anos de serviço (regra da época). O que a Emenda Constitucional propôs foi a manutenção desses dois anos a este grupo de servidores. A regra, como se vê, nada mais é que uma mera regra de transição. Tem o papel de assegurar aos servidores os direitos por eles já esperados. É tão somente uma opção do constituinte derivado.

O relator trata a matéria como se os dois anos ali expressos fossem dois anos de estágio probatório, o que não o é. Os dois anos referidos claramente são de aquisição de estabilidade: “dois anos de efetivo exercício *para aquisição da estabilidade*” e não de estágio probatório. Essa dificuldade somente poderá ocorrer àqueles que ainda confundem ou não conseguem se desprender das antigas amarras que uniam ambos os institutos.

7 CONCLUSÃO

Desta forma, nota-se que os períodos de aquisição da estabilidade e de avaliação em estágio probatório são completamente distintos entre si no ordenamento jurídico pátrio, ficando livre o legislador infraconstitucional a dispor sobre o que se refere ao estágio probatório da maneira que melhor entender, desde que não ultrapasse o período conferido à aquisição da estabilidade.

Num primeiro momento, como a Constituição Federal e os Estatutos dos Servidores Públicos Civis de todo o país (tomando como destaque a Lei nº. 8.112/90) tratavam tais períodos de forma idêntica, não havia maiores digressões sobre o tema. Contudo, tal realidade ganha destaque quando da promulgação da Emenda Constitucional nº. 19/98, que altera o período para a aquisição da estabilidade e determina que, para o seu alcance, será necessária uma avaliação especial de desempenho feita por comissão instituída para essa finalidade.

Em face disso, a doutrina defende maciçamente que, por consequência, o período do estágio probatório também deverá ser alterado. Esse entendimento é inicialmente combatido pela jurisprudência pátria, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça que firma posicionamento de que os referidos períodos não guardam vinculação. Recentemente, contudo, percebe-se que a Corte reformulou essa compreensão

seguindo o que já era defendido doutrinariamente, e que já ganhava repercussão no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal Superior do Trabalho e no Conselho Nacional de Justiça.

Vimos, entretanto, que o pensamento dessa maneira não pode prosperar. A jurisprudência anterior do STJ demonstrava-se completamente de acordo com o que é apresentado pelo ordenamento jurídico. Vale ressaltar que não se está a negar a correlação existente entre os institutos. Sem dúvidas, não é possível imaginar um servidor que seja estável sem nunca ter sido aprovado no estágio probatório de algum cargo. Porém, dizer que o aumento do período para a aquisição da estabilidade aumenta necessariamente o do estágio probatório é pensar em uma ligação visceral que não existe.

Isso decorre diretamente da natureza específica de cada um. De fato, ambas as avaliações acabam por levar em conta a atuação do servidor frente ao Estado, mas é evidente que têm objetivos distintos. Um primeiro momento, referente à avaliação em estágio probatório, considera os critérios de assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. Um outro, por sua vez, deverá observar se aquele servidor tem os atributos necessários a ser parte integrante do Estado de forma, a princípio, permanente, o que deverá ser feito mediante avaliação especial de desempenho, por comissão criada especificamente para essa finalidade.

Isso fica plenamente verificado ao se levar em conta que o estágio probatório configura-se como a declaração para a aptidão do exercício de um cargo em específico, ao passo que a estabilidade se dá no serviço público, independentemente da função exercida.

A hipótese é plenamente comprovada ao se estudar o instituto da recondução. Por todas as suas circunstâncias, o instituto demonstra como é imperiosa a distinção entre os dois principais pontos ora estudados. No momento em que a recondução permite o servidor a retornar a cargo anterior quando não aprovado em novo estágio probatório, resta demonstrado que esse se dá em cargo público. O mesmo ocorre quando, estando esse cargo ocupado, o servidor reconduzido fica à disposição ou em aproveitamento, o que reconhece ser ele estável no serviço e apto àquelas funções, não podendo, portanto, ser exonerado.

Outro ponto que enaltece a distinção necessária é o tratamento normativo. Uma breve análise do ordenamento pátrio mostra que o estágio probatório não é, em regra, matéria constitucional. Na realidade, a Constituição apenas trata do instituto em situações pontuais e transitórias, como no art. 21 das ADCT e 28 da Emenda Constitucional nº. 19/98, que, na verdade, tratam de meras garantias aos servidores ainda não aprovados em estágio probatório quando das modificações constitucionais.

A estabilidade, por sua vez, é afirmadamente matéria constitucional e guarda diversas disposições no texto da Constituição Federal, regras essas que devem ser seguidas pela legislação.

Isso fica bem evidente ao se perceber que até a atualidade, ou seja, passados 11 (onze) anos da EC nº. 19/98, o legislador infraconstitucional federal optou por manter os 24 (vinte e quatro) meses de estágio probatório no âmbito da União. Há de se ressaltar que o único período em que o estágio probatório voltou a ter prazo igual ao da aquisição da estabilidade ocorreu por iniciativa do executivo, quando da edição da MP 431/08, que não obteve sucesso, neste ponto, no Congresso Nacional.

Percebe-se, assim, que a má interpretação dos institutos pode levar a uma série de prejuízos ao servidor público sem que haja qualquer determinação legal. Pensar no período de estágio probatório igual ao da estabilidade pela mera alteração constitucional é fazer, sem qualquer amparo legal, com que o servidor passe por tempo exagerado a aguardar avaliação para declaração de sua aptidão a um novo cargo, é tolher-lhe uma série de direitos inerentes aos aprovados em estágio probatório, e, principalmente, é desrespeitar frontalmente o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 15. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EAo.htm>. Acesso em: out. 2009.

_____. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: out. 2009.

_____. Medida Provisória nº. 431, de 14 de maio de 2008a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Mpv/431.htm>. Acesso em: out. 2009.

_____. Lei nº. 11.874, de 22 de setembro de 2008b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11784.htm>. Acesso em: out. 2009.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Decisão em Pedido de Providências nº. 822/2006. Relator Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues. 16 out. 2006a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/acompanhamentoprocessualportal/faces/jsf/consultarandamentoprocessual/DocumentoEletronico.jsp?id=2283>>. Acesso em: set. 2009.

_____. Pedido de Esclarecimentos em Pedido de Providências nº. 822/2006. Relator Conselheiro Altino Pedrozo dos Santos. 09 set. 2008c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/acompanhamentoprocessualportal/faces/jsf/consultarandamentoprocessual/DocumentoEletronico.jsp?id=8744>>. Acesso em: set. 2009.

_____. Pedido de Providências nº. 822/2006. Relator Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues. 12 set. 2006b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/acompanhamentoprocessualportal/faces/jsf/consultarandamentoprocessual/DocumentoEletronico.jsp?id=1752>>. Acesso em: set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Seção. Mandado de Segurança nº. 12.523-DF. Selma Simionato *versus* Advogado Geral da União. Relator Min. Felix Fischer. Julgado em: 22 abr. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5077711&sReg=200602842506&sData=20090818&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: nov. 2009.

_____. Terceira Seção. Mandado de Segurança nº. 9.373-DF. Cesar do Vale Kirsch *versus* Advogado Geral da União. Relatora Min. Laurita Vaz. Julgado em: 25 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/>>

processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302026109&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: set. 2009.

_____. Terceira Seção. Mandado de Segurança nº. 12.389-DF. Christine Phillip Steiner *versus* Advogado Geral da União. Relatora Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Julgado em: 04 ago. 2008d. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4039864&sReg=200602512489&sData=20080804&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: set. 2009.

_____. Terceira Seção. Mandado de Segurança nº. 12.397-DF. Vanessa Marnie de Carvalho Pergolo *versus* Advogado Geral da União. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 16 jun. 2008e. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3818020&sReg=200602529500&sData=20080616&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: set. 2009.

_____. Terceira Seção. Mandado de Segurança nº. 12.418-DF. Isadora Ruppolo Koshiba *versus* Advogado Geral da União. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 08 mai. 2008f. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3882690&sReg=200602595379&sData=20080508&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: set. 2009.

_____. Terceira Seção. Súmula nº. 343. Aprovada em: 12 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&processo=343&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Mandado de Segurança nº. 22.933-0/DF. Robes Cosme Reis Monteiro *versus* Presidente da República. Relator Min. Octavio Gallotti. Julgado em: 26 jun. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=22933&classe=MS>>. Acesso em: nov. 2009.

_____. Plenário. Mandado de Segurança nº. 23.441-5/DF. Anita Cardoso da Silva *versus* Procurador-Geral da República. Relatora Originária Min. El-

len Gracie. Relator para Acórdão Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 27 nov. 2008g. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA. E 23441.NUME.\) OU \(MS.ACMS. ADJ2 23441.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA. E 23441.NUME.) OU (MS.ACMS. ADJ2 23441.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: nov. 2009.

_____. Plenário. Mandado de Segurança nº. 23.577-2/DF. Marco Antonio Furtado Lisboa *versus* Presidente da República. Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em: 15 fev. 2003a. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=23577&classe=MS>>. Acesso em: nov. 2009.

_____. Plenário. Mandado de Segurança nº. 24.543-3/DF. Paulo Roberto Medeiros Joaquim *versus* Procurador-Geral da República. Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em: 21 ago. 2003b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=24543&classe=MS>>. Acesso em: set. 2009.

_____. Plenário. Súmula nº. 21. Aprovada em 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=21.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: set. 2009.

Plenário. Súmula Vinculante nº. 5. Editada em: 07 maio 2008h. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(5.NUME.\)%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(5.NUME.)%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes)>. Acesso em: set. 2009.

_____. Resolução nº. 200/2000, de 31 de maio de 2000a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO200.PDF>>. Acesso em: out. 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº. 680/2000, de 10 de fevereiro de 2000b. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/DGCJ/IndiceResolucoes/ResAdm/680.htm>>. Acesso em: nov. 2009.

_____. Resolução nº. 1.145/2006, de 1º de junho de 2006c. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/DGCJ/IndiceResolucoes/ResAdm/1145.htm>>. Acesso em: nov. 2009.

_____. Resolução nº. 1.153/2006, de 03 de agosto de 2006d. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/DGCJ/IndiceResolucoes/ResAdm/1153.htm>>. Acesso em: nov. 2009.

_____. Resolução nº. 1.187/2006, de 07 de dezembro 2006e. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/DGCJ/IndiceResolucoes/ResAdm/1187.htm>>. Acesso em: nov. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. ver. ampl. atual. até 15.07.08. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARANHÃO. Lei nº. 6.017 de 27 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www.seaps.ma.gov.br/paginas/view/paginas.aspx?c=45>>. Acesso em: out/2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. atual. com a reforma do judiciário (EC nº. 45/04). São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional nº. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros, 2005.

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A EXECUÇÃO DAS MULTAS IMPOSTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho**

Resumo: O Ministério Público é legitimado constitucionalmente para a defesa do patrimônio público. Entretanto, controvérsia jurisprudencial se instaura quando se procura reconhecer a legitimidade do Ministério Público para propor ações civis de execução de decisões do Tribunal de Contas que imputam débito e/ou multa a gestores e ex-gestores municipais. No texto, a posição da jurisprudência maranhense em destaque.

Palavras-chave: Ministério Público. Legitimidade. Ação de execução. Decisão do Tribunal de Contas. Jurisprudência.

Abstract: The Public Ministry is constitutionally legitimated to defend the public patrimony. However, jurisprudential controversy is established when it is necessary to recognize the legitimacy of the Public Ministry to propose civil actions for enforcement of judgments the Court Account that attributes debts and/or fine to municipal managers and former managers. In the text, the position of Maranhão jurisprudence is highlighted.

Keywords: Public Ministry. Legitimacy. Enforcement action. Judgements of the Court Account. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo que o Ministério Público (MP) maranhense trava uma verdadeira batalha judicial para ver reconhecida sua legiti-

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Membro do Grupo Nacional dos Promotores de Justiça – GNPJ.

midade para a propositura de ações de execução decorrentes de multas impostas pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE) a prefeitos, ex-prefeitos, vereadores e ex-vereadores.

Os juízes e desembargadores maranhenses oscilam entre reconhecer a legitimidade do MP e julgar o processo de execução sem resolução de mérito, por ilegitimidade da parte, no caso, do Ministério Público.

A bem da verdade, é necessário informar que alguns membros do Ministério Público do Maranhão também tem entendimento de que o Órgão Ministerial é parte ilegítima para executar as decisões do TCE que aplicam multas a gestores e ex-gestores. Entretanto, a grande parte dos membros do MP maranhense são adeptos à legitimidade, ajuízam a ação de execução e recorrem quando encontram uma sentença que extingue o processo por ilegitimidade do MP.

No Tribunal de Justiça do Maranhão, depois de uma breve divergência entre os procuradores de justiça, as decisões que não reconhecem a legitimidade do Ministério Público para a ação de execução são sistematicamente contestadas via recurso especial e via recurso extraordinário interpostos pelo ilustre Procurador de Justiça José Henrique Moreira Marques, Coordenador do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa – CAOp-ProAd.

Os recursos do Ministério Público, tanto de primeira quanto de segunda instância, tem produzido diversas decisões favoráveis à legitimidade do Ministério Público. Elencaremos algumas dessas decisões mais a frente. Antes, faz-se necessário apenas alguns breves apontamentos sobre a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de execução.

2 SÍNTESE DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À LEGITIMIDADE

O principal e mais forte argumento do Ministério Público em defesa de sua legitimidade para a propositura da ação de execução, baseada em títulos do TCE, é a sua legitimidade constitucional para a defesa do patrimônio público (art. 129, III, da CF).

Acrescido ao comando constitucional, a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dispõe:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

.....;

VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas.

Norma semelhante há na Lei Complementar Estadual nº 13/91 (Lei Orgânica do Ministério Público do Maranhão). Vejamos:

Art. 26. Além das funções previstas na Constituição Federal, nesta e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

.....;

IX - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por Tribunais e Conselhos de Contas;

.....;

Os dispositivos transcritos referem-se a condenações impostas aos gestores públicos pelos Tribunais de Contas o que equivale a dizer que há uma tentativa de responsabilização dos mesmos por meio da ação de execução, instrumento adequado para fazer efetiva qualquer condenação, nele afirmado textualmente a legitimação do Ministério Público.

Atenta à legitimidade do Ministério Público para a presente demanda, a Procuradoria Geral de Justiça do Maranhão expediu a Recomendação nº. 02/2004¹, que

cuida da atuação institucional no âmbito do programa interinstitucional de transparência fiscal Contas na Mão quanto à exigência do cumprimento do art. 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal, da legitimidade do Ministério Público para a exe-

¹ Publicada no Diário da Justiça do Estado do Maranhão de 20 de agosto de 2004.

ção de multas e débitos imputados pelo Tribunal de Contas Estadual e dá outras providências.
(grifo nosso).

Por oportuno, cabe colacionar o entendimento do Promotor de Justiça Cassius Guimarães Chai, esposado na Nota Técnica apresentada no Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Maranhão, em dezembro de 2003:

Se ao Ministério Público é deferida a legitimidade para o exercício da defesa dos direitos inscritos nas Constituições Federal e Estadual visando-se-lhes a garantia ao respeito (cf. art. 127, da CF e art. 27, lei 8625/93), e portanto da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, é certo que lhe é atribuída a legitimidade processual inicial, concorrente e subsidiária para ingressar em juízo objetivando responsabilizar os gestores do dinheiro público, a quem o Tribunal ou Conselho de Contas haja imputado débito ou cominado multa, que tenham descumprido ordem de ressarcir o erário público. Obviamente que sua legitimidade de agir é coetânea a sua capacidade de fazê-lo. (cf. art. 82, III, do CPC). (CHAI, 2007, p. 92-93).

Outro argumento para defender a legitimidade do MP é bem simples: se o Judiciário admitir que somente está legitimado o Município/Estado para a propositura de ação executiva fundada em decisão do Tribunal de Contas Estadual, dificilmente tais decisões terão eficácia.

Esclarecedoras são as colocações do ilustre Procurador de Justiça José Henrique Marques Moreira nas razões do Recurso Extraordinário interposto contra a decisão do Tribunal de Justiça do Maranhão na Apelação Cível nº 11.332/2008:

Imagine-se que determinado acórdão do Tribunal de Contas, encaminhado à Prefeitura Municipal (a casuística dos autos contempla Município, mas o raciocínio serve também para as outras esferas

federativas) para as providências cabíveis para a sua efetividade, encontra-a sob a chefia do próprio gestor que teve as suas contas julgadas irregulares, com condenação a ressarcimento do erário expressa no acórdão enviado, ou do sucessor deste, eleito com o seu apoio e discípulo da mesma cartilha política (note-se que a maioria dos acórdãos enviados será confrontada com idêntica situação, já que a administração de cada gestor, com a possibilidade da reeleição, pode estender-se por até oito anos). Se o crédito do Município contra o gestor não for por este pago espontaneamente – e é certo que a grande maioria não o fará – restaria a alternativa da via judicial, com o manejo da execução forçada, que não se a vislumbra utilizada, já que o órgão de representação judicial do Município, titularizado por procurador nomeado em comissão ou contratado, não teria autonomia para fazê-lo, demissível que é *ad nutum* do Prefeito. É evidente que, como visto, a questão da legitimidade para as ações de execução dos acórdãos dos Tribunais de Contas estaduais tem a propriedade de, se mal resolvida, destinar à ineficácia esses títulos e, em consequência, deixar sem sentido até a própria existência dessas Cortes, por falta de garantia de efetividade ao comando de suas decisões.

Sob este aspecto, bem resumiu o Desembargador Marcelo Carvalho Silva, em voto proferido em 06/07/2010, nos autos da Apelação Cível nº 0012485-33.2010.8.10.0000 (15.439/2010):

No caso do Maranhão, a maioria das municipalidades não detém procuradoria judicial organizada, funcionando na defesa de seus interesses advogados contratados ao livre talante dos prefeitos, que só o fazem quando necessitam socorrer-se da atividade jurisdicional, a maioria das vezes, reconheça-se, figurando, o prefeito ou Município, no pólo passivo da relação processual.

Geralmente, as dívidas ou as multas aplicadas aos gestores públicos pelos Tribunais de Contas atingem os prefeitos e ex-prefeitos, mas esses valores dificilmente desaguam nos cofres públicos, por várias razões, quais sejam:

a) o atual detentor do mandato é o próprio prefeito penalizado, que, obviamente, não vai providenciar a execução de si mesmo;

b) o prefeito apenado, apesar de não mais exercer o cargo, acha-se sucedido por algum integrante de seu grupo político;

c) o atual detentor do mandato, não obstante seja adversário de seu sucessor, nada faz contra ele, por complacência velada ou simples e proposital omissão.

O resultado já é conhecido: milhares e milhares de reais deixam de ingressar nos tesouros municipais, ou, às vezes, deixam de a eles retornar, porque os prefeitos, por um desses motivos, simplesmente não promovem a execução dos julgados das Cortes de Contas, que ficam a ver seus julgados não alcançarem efetividade alguma.

O prejuízo, é claro, fica para os municípios.

É importante esclarecer que a legitimidade do Ministério Público para ajuizar as ações de execução das decisões do TCE não é exclusiva, mas sim concorrente e subsidiária. O Município/Estado são os legitimados primeiros, mas não únicos, pois ao se omitirem em executar judicialmente as decisões do TCE, legitimam o Ministério Público a ingressar em Juízo.

No mesmo sentido, mais uma vez cita-se o voto do Desembargador Marcelo Carvalho Silva na Apelação Cível acima citada:

É o órgão ministerial parte legítima para, nesses casos de desídia do administrador municipal, ou de conflito entre seus interesses e o da municipalidade por ele administrada, promover a execução do julgado do Tribunal de Contas. Trata-se, portanto, de legitimidade concorrente conferida ao Ministério Público.

3 SÍNTESE DOS ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À LEGITIMIDADE

Argumenta-se que a ilegitimidade do Ministério Público em ajuizar ação de execução fundada em decisão do TCE decorre do art. 128, II, 'a', c/c art. 129, IX, da Constituição Federal (proibição de exercer a advocacia e representação judicial de entidades públicas), pois, se ajuizasse a ação, estaria advogando para a Fazenda Pública Municipal/ Estadual, o que é vedado.

Para dar peso a essa fundamentação, normalmente citam a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

Recurso Extraordinário. Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Competência para executar suas próprias decisões: impossibilidade. Norma permissiva contida na Carta Estadual. Inconstitucionalidade. 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 223037/SE, Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 02/05/2002). (grifo nosso).

No Maranhão, utilizam-se do seguinte julgado do Tribunal de Justiça local:

Processual civil. Ação civil pública. Apelação cível. Execução de decisão do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão proposta pelo *Parquet* Estadual. Ausência de legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. Inc. IX do art.129 da CF/88. Reconhecimento. Não provimento. I – Parquet estadual não detém legitimidade para propor ação executiva com intento de obter pagamento de multa imputada por Tribunal de Contas em face de ex-prefeito, uma vez que não representa judicialmente pessoa jurídica de direito público (município), devendo eventual demanda executiva ser proposta pelos procuradores que patrocinam o ente público, ex vi do inc. IX do art.129 da CF; II – embora decisão do Tribunal de Contas impositiva de multa tenha eficácia de título executivo, não pode ser executada através de ação civil pública, típica de conhecimento que, julgada precedente, comportaria execução posterior; III – apelação não provida. (TJMA, 4ª Câmara Cível. Proc. nº 2562008, Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha. Data 25/03/2008). (grifo nosso).

Um outro argumento utilizado pelo Tribunal maranhense, inclusive também constante na parte final do acórdão acima referido, é que “a ação civil pública não é meio processual hábil a veicular tal pretensão executória”, na escrita do Desembargador Cleones Carvalho Cunha no voto divergente proferido em 13/10/2009 nos autos da Apelação Cível nº 015057/2009.

Tal argumento tem respaldo em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil. Ação civil pública. Tipicidade de processo de conhecimento. Execução de decisão do TCU. Impossibilidade. Devolução do processo ao primeiro grau. Ausência de gravame aos recor-

rentes. Falta de interesse em recorrer. 1. Embora a decisão do Tribunal de Contas da União, resultando em imputação de débito e multa tenha eficácia de título executivo, não pode ser executada através da ação civil pública, típica de conhecimento que, julgada procedente comportaria sua execução posterior. 2. O acórdão impugnado limitou-se a determinar o retorno dos autos à primeira instância para que julgue o mérito da ação incidental de embargos à execução, sem causar gravame aos recorrentes que, por isso, carecem de interesse de recorrer. 3. Recurso especial não conhecido. (Resp. 276306/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 28.06.2004, p. 218). (grifo nosso).

4 BREVE REFUTAÇÃO DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À LEGITIMIDADE DO MP

Quanto ao primeiro argumento para fundamentar a ilegitimidade do MP, qual seja, de que caso fosse reconhecida a legitimidade o MP estaria representando judicialmente a Fazenda Pública, tal argumento, que é equivocado, já encontra-se refutado nas explicações acima, mas cabe repetir:

O Ministério Público, quando ingressa com uma ação promovendo a execução de um título do Tribunal de Contas do Estado que imputou débito e/ou multa a determinado agente político, está a defender o patrimônio público, o interesse da coletividade e não representando judicialmente a pessoa jurídica lesada. Isto porque, se a Corte de Contas imputou débito ao gestor ou lhe aplicou multa é porque o gestor público administrou as finanças públicas com infringência às normas legais e aos princípios regedores da Administração Pública, com prejuízo ao erário ou mesmo enriquecimento ilícito, provocando dano ao patrimônio público. E é função institucional do Ministério Público proteger o patrimônio público (art. 129, III, da Constituição Federal)².

² Súmula 329 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

Interessante é que, enquanto alguns magistrados entendem que somente estão legitimados para a propositura da ação executiva com base nas decisões do TCE, os procuradores do Estado e do Município lesionado, a própria Procuradoria Geral do Estado do Maranhão afirma não ser parte legítima para tanto.

Vejam a manifestação da PGE:

Entende, entretanto, esta Procuradoria que a competência para a referida cobrança não é do Estado do Maranhão, cabendo ao próprio Município realizar o procedimento judicial de cobrança, caso contrário, haveria afronta ao princípio da autonomia dos entes federados. Não consta, portanto, ação de cobrança contra o ex-presidente da Câmara apontado no ofício. (Ofício nº 58/2010/PGE/MA, datado de 18/02/2010, da lavra do PGE Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo).

Importante esclarecer que a manifestação acima transcrita foi uma resposta dada pela PGE a um questionamento feito pela Promotoria de Justiça de Matinha/MA sobre possível ação de execução proposta pelo Estado do Maranhão contra um ex-presidente de Câmara, posto que no acórdão do TCE foi determinado que a cópia da decisão fosse encaminhada a Procuradoria Geral do Estado para executar determinada multa, e também a Procuradoria Geral do Município (inexistente) para executar outra multa, além de cópias ao Ministério Público Estadual.

Apenas a título de curiosidade, a Promotoria de Justiça de Matinha/MA também expediu ofício ao Município citado com o mesmo objetivo, qual seja, saber se havia execução em tramitação devido à multa imposta pelo TCE. Como o Município não respondeu, foi feita uma pesquisa no Fórum da Comarca e constatou-se que não havia qualquer ação de execução proposta pelo Município com base em decisões do TCE.

Pois bem. O Ministério Público é legitimado para a defesa do patrimônio público. Se não fosse a iniciativa do Ministério Público para executar as decisões do TCE, estas se tornariam desprovidas de eficácia, o que causaria dano ao patrimônio público, pois nenhum outro ente Público tem interesse em propor as ações devidas (Estado/Município).

Por outro lado, é importante deixar claro que o precedente do STF (RE 223037/SE, Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 02/05/2002), citado como base para a ilegitimidade do Ministério Público, não se presta para tal fim, pois o referido precedente é expresso ao mencionar que o Tribunal de Contas e o “*Ministério Público que atua perante ele*” não podem executar suas decisões que impõem condenação patrimonial. Ocorre que o Ministério Público Estadual não atua perante o Tribunal de Contas. Lá, na Corte de Contas, há um Ministério Público de Contas que, de fato, não tem capacidade postulatória. Mas, o Ministério Público Estadual tem capacidade postulatória e é legalmente habilitado para promover a execução dos títulos oriundos dos Tribunais de Contas.

Em relação à aplicação da decisão do precedente do STF ao Ministério Público Estadual, o Superior Tribunal de Justiça já esclareceu a questão:

Execução. Título originário de decisão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público. Lei nº 8.625/93. Precedente do STF que não se aplica à hipótese. I – O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de execução de título originário dos Tribunais de Contas, não se confundindo a hipótese com o precedente do STF invocado no aresto recorrido (RE nº 223.037-1/SE, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 02.08.02), que cuidava de execução promovida pelo próprio Tribunal de Contas e, de forma hipotética, considerou o nobre relator que nem mesmo o Ministério Público que atuava junto àquele órgão, por não integrar o Ministério Público ordinário, poderia fazê-lo. II – Recurso provido. (REsp nº 996.031 – MG (Reg. nº 2007/0241523-0), Rel. Min. Francisco Falcão, Recte. Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recdo. Valcy Farias Alves, cujo acórdão, publicado no Diário da Justiça da União de 28.04.2008, p. 1). (grifo nosso).

Logo, não há afronta alguma à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Já quanto ao argumento de inadequação da ação civil pública para a execução das decisões do Tribunal de Contas é necessário informar que, segundo melhor doutrina, o *nomen juris* dado a toda ação em que é autor o Ministério Público e o objeto é a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, é chamada de ação civil pública, independente de sua natureza (seja de conhecimento, seja cautelar, seja de execução).

Eis a lição de Mazzilli (2001, p. 65):

A rigor, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação não-penal, proposta pelo Ministério Público. Sem melhor técnica, portanto a LACP usou essa expressão para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais o próprio Ministério Público. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação ação coletiva, da qual o Ministério Público é apenas um dos co-legitimados. Como denominaremos, pois, uma ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos? Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto sob o enfoque puramente doutrinário, será chamá-la de ação civil pública. Mas se tiver sido proposta por qualquer outro co-legitimado, mais correto denominá-la de ação coletiva.

Por outro lado, como bem consignou o ilustre Procurador de Justiça José Henrique Marques Moreira, em lúcido parecer na Apelação Cível nº 015057/2009/MA, “cabe lembrar a elementar lição em que dito não ser o *nomen juris* dado pelo autor o requisito ou fator determinante da definição da sua natureza jurídica, que é de dar-se à luz dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido”.

E, no mesmo sentido, afirmou o nobre Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira, relator da citada apelação (Apelação Cível nº 015057/2009):

o fato de o apelante ter dado à execução o título de ação civil pública não constitui, per si, motivo para sua extinção, pois o sistema processual brasileiro não prestigia o formalismo exacerbado, mas sim a instrumentabilidade das formas (expressão de Dinamarco) e, mais recentemente, o utilitarismo consistente na efetividade da jurisdição (expressão de Glauco Gumerato Ramos). O *nomen iuris* dado à ação é questão de somenos.

Assim, não convence nenhum dos argumentos espostos majoritariamente pelos magistrados maranhenses para o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público nas execuções de débitos/multas impostas pelo TCE.

5 SUGESTÕES

Devido a relutância de alguns magistrados e com objetivo de refutar logo os argumentos contrários acima mencionados sugere-se que, apesar de não ser estritamente necessário, deve o membro do Ministério Público, antes de propor a ação de execução, tomar as seguintes providências:

- oficiar ao Município e/ou ao Estado (dependendo do caso) para questioná-los sobre possível propositura de ação de execução baseada em determinado acórdão do TCE;

- em sendo a resposta negativa, recomendar ao Município que execute a multa/débito em prazo razoável (máximo trinta dias), sob pena de ajuizamento de ação de improbidade contra o gestor omissivo;

- ante à falta de resposta do Município (o Estado poderá dizer que não é parte legítima, como visto acima), verificar junto ao Fórum se há ou não ação de execução referente ao acórdão do TCE.

Tais providências, apesar de demoradas e até possivelmente desnecessárias para quem tem certeza de sua legitimidade, servem tão-somente para que o Ministério Público deixe claro, desde o início, que os outros entes públicos legitimados não se interessaram em propor a ação de execução e que, caso não aja, o patrimônio público será lesionado, mostrando de forma cristalina que sua legitimidade é subsidiária.

6 JURISPRUDÊNCIAS

Tribunal de Justiça do Maranhão

Ação executiva proposta pelo Ministério Público. Ex-gestor municipal. Título executivo. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade ativa *ad causam* do *Parquet*. Provimento. I - O Ministério Público possui legitimidade para propor ação executiva contra agente político, fundada em decisões proferidas pelo Tribunal de Contas Estadual, eis que o Acórdão do TCE caracteriza-se como título executivo judicial. Art. 71, §3º, da Constituição Federal. (1ª **Câmara Cível**, Ap. Civ. nº 9066/2009 – Governador Eugênio Barros, Acórdão nº 89.695/2010, Relª. Desª. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, j. 11.03.2010, v. u).

Ação executiva proposta pelo Ministério Público. Ex-gestor municipal. Título executivo. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade ativa *ad causam* do *Parquet*. Provimento. I - O Ministério Público possui legitimidade para propor ação executiva contra agente político, fundada em decisões proferidas pelo Tribunal de Contas Estadual, eis que o Acórdão do TCE caracteriza-se como título executivo judicial. Art. 71, §3º, da Constituição Federal. (1ª **Câmara Cível**, Ap. Civ. nº 6159/2008 – Timon, Acórdão nº 89.697/2010, Relª. Desª. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, j. 11.03.2010, v. u).

Apelação Cível. Ação Civil Pública de Execução. Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público para a cobrança judicial da dívida. I - O Ministério Público Estadual possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilidade de gestor público ao pagamento de multa por desaprovção

das contas. O acórdão do TCE têm eficácia de título executivo judicial. Inteligência do art. 71, § 3º, da CF. Apelo provido. (1ª Câmara Cível, Ap. Cív. Acórdão nº 032027/2008, Rel. Des. Jorge Rachid Mubarack Maluf, 19.03.2009).

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Legitimidade. Ministério Público. Possibilidade. Execução de acórdão do Tribunal de Contas do Maranhão que reprovou a prestação de contas de ex-gestor. Interesse público. Indeferimento da execução da pré-executividade. I - O Ministério Público tem legitimidade para, mediante ação civil pública, buscar o ressarcimento de danos causados ao patrimônio de Município. II - Diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexecutabilidade de título ou liquidez do crédito exequendo. III - A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 71, § 3º, c/c art. 75, conferiu eficácia executiva as decisões proferidas pelo TCE, que resultem em imputação de débito ou multa, de onde se conclui que o acórdão possui liquidez. IV - não provados os vícios alegados na execução de pré-executividade a mesma deve ser indeferida. V - Agravo de instrumento improvido. (1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 15.044/2006 - Amarante do Maranhão. Acórdão nº 63.354/2006, Rel. Des. Jorge Rachid Mubarack Maluf, j. 09.11.2006).

Apelação Cível. Ação Civil Pública de Execução forçada. Decisão do TCE. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público para a cobrança judicial da dívida. As decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento

de multa por desaprovação de contas têm eficácia de título executivo judicial. Art. 71, § 3º, da CF. Recurso conhecido e provido. (**1ª Câmara Cível**. Ap. Cív. nº 006381/2008 – Timon. Acórdão nº 75.891/2008, Rel. Des^a. Raimunda Santos Bezerra, 11.09.2008).

Apelação Cível. Ação Civil de Execução. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público para a cobrança judicial da dívida. I - O Ministério Público Estadual possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento de multa por desaprovação das contas. O acórdão do TCE tem eficácia de título executivo judicial. Inteligência do art. 71, § 3º da CF. II - Apelo provido. (**1ª Câmara Cível**. Ap. Cív. nº 23.443/2008 – Paulo Ramos. Acórdão nº 79.475/2009, Rel. Des. Jorge Rachid Mubarak Maluf, j. 26.02.2009).

Apelação Cível. Ação Civil de Execução. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público para a cobrança judicial da dívida. I - O Ministério Público Estadual possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento de multa por desaprovação das contas. O acórdão do TCE tem eficácia de título executivo judicial. Inteligência do art. 71, § 3º da CF. II - Apelo provido. (**1ª Câmara Cível**. Ap. Cív. nº 22.916/2008 – Timon. Acórdão nº 79.474/2009, Rel. Des. Jorge Rachid Mubarak Maluf, j. 26.02.2009).

Direito Constitucional e Processual Civil. Tribunal de Contas. Decisão que reconhece dívida ou atribui multa a prefeito ou ex-prefeito. Eficácia de título executivo. Ação Civil Pública de Execução. Meio adequado à cobrança do valor da

dívida. Legitimidade do Ministério Público Estadual. I - O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública de execução de julgado do Tribunal de Contas que reconheça dívida ou atribua multa, desde que ocorra desídia do Município, por seu Prefeito Municipal, ou conflito de interesse entre o ente público e aquele que o administra. II – Essa legitimidade, de caráter extraordinário, decorre das próprias funções institucionais cometidas ao Ministério Público pela Constituição Federal, que, dentre outras, o incube de buscar a realização do interesse público fundamental, protegendo o patrimônio público, quando lesado o ameaçado de lesão por terceiros. III – Apelação provida. (2ª Câmara Cível. Ap. Civ. nº 25.546/2008. Acórdão nº 80.131/2009. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, j. 24.03.2009).

Apelação Cível. Ação de Execução. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público para a cobrança judicial da dívida. Apelação Provida. I - O Ministério Público Estadual possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento de multa por desaprovação das contas. O acórdão do TCE tem eficácia de título executivo judicial. Inteligência do art. 71, § 3º, da CF. II- Apelação provida. (2ª Câmara Cível. Ap. Civ. nº 6815/2010 – São Vicente de Ferrer. Acórdão nº 92.736/2010. Relª. Desª. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, j. 22.06.2010, v.u).

Apelação Cível. Ação de Execução. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público para a cobrança judicial da dívida. Apelação Provida. I - O Ministério Público Estadual possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento de

multa por desaprovação das contas. O acórdão do TCE tem eficácia de título executivo judicial. Inteligência do art. 71, § 3º, da CF. II-Apeleção provida para que a ação tenha seu regular prosseguimento. (2ª Câmara Cível. Ap. Civ. nº 36506/2009 – Cedral. Acórdão nº 90.646/2010. Relª. Desª. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, j. 20.04.2010, v.u.).

Apeleção Cível. Ação de Execução. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público para a cobrança judicial da dívida. Apeleção Provida. I - O Ministério Público Estadual possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento de multa por desaprovação das contas. O acórdão do TCE tem eficácia de título executivo judicial. Inteligência do art. 71, § 3º, da CF. II- Apeleção provida apelo para que seja dado prosseguimento ao feito executivo. (2ª Câmara Cível. Ap. Civ. nº 360192009 – Cedral. Acórdão nº 0905202010. Relª. Desª. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, j. 23.04.2010, v.u.).

Direito Constitucional e Processual Civil. Tribunal de Contas. Decisão que reconhece dívida ou atribui multa a prefeito ou ex-prefeito. Eficácia de título executivo. Ação Civil Pública de Execução. Meio adequado à cobrança do valor da dívida. Legitimidade do Ministério Público Estadual. I – “As decisões do Tribunal de Contas, que reconheçam dívida ou atribuam multa patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos, têm eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF), sendo o Ministério Público parte legítima para propor a respectiva ação civil pública de execução.” (Súmula nº 11 da 2ª Câmara Cível do TJMA). II – O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública de execução de julgado do Tribunal de Contas, que reconheça dívida ou atribua multa, desde que ocorra desídia do Mu-

nício, por seu prefeito municipal, ou conflito de interesses entre o ente público e aquele que o administra. Precedentes do STJ. III – Essa legitimidade, de caráter extraordinário, decorre das próprias funções institucionais cometidas ao Ministério Público pela Constituição Federal, que, dentre outras, o incumbe de buscar a realização do interesse público fundamental, protegendo o patrimônio público, quando lesado ou ameaçado de lesão por terceiros. IV – Apelação provida. (**2ª Câmara Cível**. Ap. Civ. nº 0012485-33.2010.8.10.0000 (15.439/2010) – Paulo Ramos. Acórdão nº 93.037/2010. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, j. 06.07.2010, v.u.).

As decisões do Tribunal de Contas, que reconheçam dívida ou atribuam multa patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos, têm eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF), sendo o Ministério Público parte legítima para propor a respectiva ação civil pública de execução. (**Súmula nº 11 da 2ª Câmara Cível do TJMA**).

Processual Civil. Apelação Cível. Ação Civil Pública de Execução. Título executivo oriundo de Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público. Provimento. 1. De acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público detém incontestável legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública de execução de acórdão oriundo de Tribunal de Contas Estadual. 2. A atuação na defesa do patrimônio público e social constitui derivação direta da Constituição Federal, que qualificou o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 3. Apelação provida. (**3ª Câmara Cível**, Ap. Civ. nº 024113-2009 – Bacuri, Acórdão nº 89.493/2010, Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, j. 04.03.2010, v.u).

Processual Civil. Apelação Cível. Ação Civil Pública. Execução de título oriundo do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. Possibilidade. Provimento. I – A decisão do TCE que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos tem eficácia de título executivo extrajudicial conforme determinação do §3º do artigo 71 da Carta Republicana de 1988. II – De acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público detém incontestável legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública de execução de acórdão oriundo de Tribunal de Contas Estadual. III – A Constituição Federal qualificou o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. IV – Apelação provida. (3ª **Câmara Cível**, Ap. Civ. nº 24116/2009 – Bacuri, Acórdão nº 89.477/2010, Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, j. 04.03.2010, v.u).

Processual Civil. Apelação Cível. Ação Civil Pública de Execução. Título Executivo Oriundo de Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público. Provimento. 1. De acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público detém incontestável legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública de execução de acórdão oriundo de Tribunal de Contas Estadual. 2. A atuação na defesa do patrimônio público e social constitui derivação direta da Constituição Federal, que qualificou o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 3. Apelação provida. (3ª **Câmara Cível**, Ap. Civ. nº 0036507-92.2009.8.10.0000 – Cedral. Acórdão

nº 90.410/2010, Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, j. 15.04.2010, v.u).

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial. Multa aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado. Legitimidade do Ministério Público para promover execução. Penhora *on line*. Possibilidade. Agravo improvido. I - É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade ativa nas ações de execução de títulos extrajudiciais oriundos de Tribunais de Contas Estaduais quando o sistema de legitimação ordinária falhar, surgindo a possibilidade do Órgão Ministerial defender o patrimônio público. II – É plenamente admissível a penhora de dinheiro em sede de execução, nos exatos termos do que determina o artigo 655, do Código de Processo Civil. (**3ª Câmara Cível**, Agravo de Instrumento nº 022173/2009 – Estreito. Acórdão nº 88.416/2010, Relª. Desª. Cleonice Silva Freire, j. 21.01.2010, v.u).

Trata-se de recurso interposto em face de sentença proferida nos autos de ação civil pública de execução, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do recorrido, e fruto do não pagamento de multa imposta pelo TCE/MA [...]. Sendo assim, por força do contido no §1º-A do art. 557 do CPC, dou imediato provimento ao recurso, de sorte a reconhecer a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público e determinar o regular prosseguimento do feito na origem. (**3ª Câmara Cível**. Ap. Cív. nº 027512/2008 – Matinha. Rel. Des. Stélio Muniz, j. 08.10.2009).

Ministério Público. Legitimidade. Execução. Decisão do Tribunal de Contas. 1. O Ministério Público é parte legítima para executar decisão da Corte de Contas que reconhece dívida ou atribua multa em favor do ente público. 2. Essa legitimidade, de caráter

concorrente e autônomo, decorre das próprias funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal. 3. Apelo conhecido e provido. (**4ª Câmara Cível**. Ap. Cív. nº 15.057/2009 – Matinha. Acórdão nº 85.676/2009. Rel. Des. Paulo Sérgio Velten Pereira, j. 06.10.2009).

Apelação Cível. Ação Civil de Execução. Acórdão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público para a cobrança judicial da dívida. I - O Ministério Público Estadual possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento de multa por desaprovação das contas. O acórdão do TCE tem eficácia de título executivo judicial. Inteligência do art. 71, § 3º, da CF. II - Apelo provido. (**4ª Câmara Cível**. Ap. Cív. nº 009479/2009 – Monção. Acórdão nº 86.864/2009. Rel^a. Des^a. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, j. 17.11.2009).

Ministério Público. Legitimidade. Execução. Multa. Decisão do Tribunal de Contas. Atualização do débito. Cálculo aritmético. Liquidação. Desnecessidade. 1. O Ministério Público é parte legítima para executar decisão da Corte de Contas que reconhece dívida ou atribua multa em favor do ente público. 2. Essa legitimidade, de caráter concorrente e autônomo, decorre das próprias funções institucionais atribuídas ao ministério público pela Constituição Federal. 3. A atualização do valor da multa por simples cálculo aritmético prescinde de liquidação. 4. Apelo conhecido e provido. Unanimidade. (**4ª Câmara Cível**. Ap. Cív. nº 68372010 – São Vicente de Férrer. Acórdão nº 0933642010. Rel. Des. Paulo Sérgio Velten Pereira, j. 19.07.2010).

Ministério Público. Legitimidade. Execução. Decisão do Tribunal de Contas. Natureza. Título executivo 1. O Ministério Público é parte legítima

para executar decisão da Corte de Contas que reconhece dívida ou atribua multa em favor do ente público. 2. Essa legitimidade, de caráter concorrente e autônomo, decorre das próprias funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal. 3. A decisão da Corte de Contas de que resulte imputação de débito ou multa tem eficácia de título executivo. 4. Apelo conhecido e provido. Unanimidade. (**4ª Câmara Cível**. Ap. Cív. nº 94642009 – Paulo Ramos. Acórdão nº 0844672009 . Rel. Des. Paulo Sérgio Velten Pereira, j. 01.09.2009).

Civil e Processual Civil. Agravo de Instrumento. Ministério Público. Legitimidade ativa. Ação Civil Pública de Execução de título extrajudicial oriundo de acórdão de Tribunal de Contas Estadual. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso não provido. I – O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação civil pública de execução de título originário dos Tribunais de Contas, que impõe a responsabilização do gestor público municipal por débitos e multas decorrentes da desaprovação de suas contas. II – Nos termos do § 3º do art. 71 da CF/88, as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. Assim, não há empecilho legal ao *Parquet* promover a execução desse título executivo quando o ordenamento jurídico nacional lhe confere as prerrogativas para a defesa do patrimônio público e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Inteligência dos artigos 127 e 129, ambos da CF/88, c/c artigo 25 da Lei n.º 8.625/93. III – Recurso conhecido mas não provido. (**4ª Câmara Cível**. Agravo de Instrumento. nº 021.758/2009 – São Domingos do Azeitão. Acórdão nº 87.964/2010. Relª. Desª. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, j. 17.11.2009).

Superior Tribunal de Justiça

Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade ativa. Ação de execução. Título extrajudicial. Certidão de débito expedida por Tribunal de Contas Estadual. 1. O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ação de execução de título extrajudicial oriundo de Tribunal de Contas Estadual. REsp 996031/MG, Primeira Turma, DJ de 28/04/2008 e REsp 678969/PB, Primeira Turma, DJ 13/02/2006. 2. É que a decisão de Tribunal de Contas Estadual, que, impõe débito ou multa, possui eficácia de título executivo, a teor do que dispõe o art. 71, § 3º, da Constituição Federal de 1988. 3. *In casu*, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em sede de Processo Administrativo nº 18.654, constatando irregularidades na remuneração dos agentes públicos do Município de Contagem, durante os exercícios de 1993; 1994 e 1995 (meses de janeiro a novembro), determinou a restituição dos mencionados valores à municipalidade *in loco*. 4. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de 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 (artigo 129, caput). 5. Destarte, a Lei 8.429/92 estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade administrativa, prevendo que a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público (artigo 17, § 4º), permitindo ao Ministério Público ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas (artigo 25, VIII, da Lei 8.625/93). 6. Os arts. 129, III, da Constituição Federal de 1988, 6º, VII, “b”, da LC 75/93, e 25, IV, “a” e “b”, da Lei 8.625/93, admitem a defesa do patrimônio público pelo Ministério

Público, em ação civil pública. 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para a propositura de execução de título originário de Tribunal de Contas Estadual, restando prejudicado o exame das demais questões veiculadas no recurso *sub examine*. (REsp. 922.702/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/04/2009 (DJe 27/05/2009))

Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade para promover execução de título extrajudicial oriundo do Tribunal de Contas Estadual. Conceito de patrimônio público que não comporta subdivisão apta a atribuir exclusivamente à fazenda pública a legitimidade para promover a execução. 1. No caso concreto, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo entendeu ser indevido o aumento salarial concedido ao vereador – ora recorrido. 2. O Tribunal de origem, após subdividir o conceito de patrimônio público em patrimônio público-privado e patrimônio do povo, entendeu que o direito tratado no caso é meramente patrimonial público, cujo exclusivo titular é a Fazenda Municipal. Segundo a decisão recorrida, em tais condições, não tem o Ministério Público legitimidade processual para promover ação civil pública de caráter executório já que a legitimidade exclusiva seria da Fazenda Pública Municipal. 3. A subdivisão adotada pela Corte de origem é descabida. Não existe essa ordem de classificação. O Estado não se autogera, não se autocria, ele é formado pela união das forças e recursos da sociedade. Desse modo, o capital utilizado pelo ente público com despesas correntes, entre elas a remuneração de seus agentes políticos, não pode ser considerado patrimônio da pessoa política de direito público, como se ela o houvesse produzido. 4. Estes recursos constituem-se, na verdade, patrimônio público, do cidadão que, com sua força de trabalho, produz a riqueza sobre a qual incide a tributação necessária ao estado para o atendimento dos interesses públicos primários e se-

cundários. 5. A Constituição Federal, ao proibir ao Ministério Público o exercício da advocacia pública, o fez com a finalidade de que o *parquet* melhor pudesse desempenhar as suas funções institucionais - dentre as quais, a própria Carta Federal no art. 129, III, elenca a defesa do patrimônio público - sem se preocupar com o interesse público secundário, que ficaria a cargo das procuradorias judiciais do ente público. 6. Por esse motivo, na defesa do patrimônio público meramente econômico, o Ministério Público não poderá ser o legitimado ordinário, nem representante ou advogado da Fazenda Pública. Todavia, quando o sistema de legitimação ordinária falhar, surge a possibilidade do *parquet*, na defesa eminentemente do patrimônio público, e não da Fazenda Pública, atuar como legitimado extraordinário. 7. Conferir à Fazenda Pública, por meio de suas procuradorias judiciais, a exclusividade na defesa do patrimônio público, é interpretação restritiva que vai de encontro à ampliação do campo de atuação conferido pela Constituição ao Ministério Público, bem como leva a uma proteção deficiente do bem jurídico tutelado. 8. Por isso é que o Ministério Público possui legitimidade extraordinária para promover ação de execução do título formado pela decisão do Tribunal de Contas do Estado, com vistas a ressarcir ao erário o dano causado pelo recebimento de valor a maior pelo recorrido. (Precedentes: REsp 922.702/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28.4.2009, DJe 27.5.2009; REsp 996.031/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 11.3.2008, DJe 28.4.2008; REsp 678.969/PB, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 13.2.2006; REsp 149.832/MG, Rel. Min. José Delgado, publicado em 15.2.2000). Recurso especial provido. (REsp. 1.119.377/SP, Rel. Min. Humberto Martins julgado em 26/08/2009 (DJe 04/09/2009).

Processual Civil. Recurso Especial. Execução. Título oriundo de decisão do Tribunal de Contas Es-

tadual. Legitimidade do Ministério Público. Retorno dos autos. Recurso Especial provido. (**Resp.** nº 1.150.633 - MA (2009/0143574-2), Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05.10.2009).

Processual civil. Execução promovida pelo ministério público do Estado da Paraíba. Título executivo extrajudicial consistente em decisão proferida pelo Tribunal de Contas Estadual. Débitos imputados em razão da prática de atos de improbidade administrativa que resultaram em prejuízo ao erário público municipal. Condenação do *parquet* em honorários. Artigo 18, da Lei 7.437/85. Impossibilidade. 1. Controvérsia que gravita em torno da possibilidade de condenação do Ministério Público em honorários advocatícios que, observando orientação jurisprudencial local, ajuizou execução extrajudicial, amparada em decisão do Tribunal de Contas Estadual, que, nos termos do artigo 71, § 3º, da Constituição Federal de 1988, tem eficácia de título executivo, quando resulta em imputação de débito ou multa. 2. É que o Tribunal de Contas Estadual não aprovou a prestação de contas de ex-prefeito do Município de Santa Terezinha, em virtude de irregularidades que ocasionaram prejuízos aos cofres públicos, condenando-o ao devido ressarcimento ao erário municipal, sendo certo que o mesmo fora comprovado em vista posterior à remessa dos autos à Procuradoria de Justiça, fato que, por si só, afasta indícios de má-fé. 3. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de 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 (artigo 129, caput). 4. Destarte, a Lei 8.429/92 estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade administrativa, prevendo que a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à comple-

mentação do ressarcimento do patrimônio público (artigo 17, § 4º), permitindo ao Ministério Público ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas (artigo 25, VIII, da Lei 8.625/93). 5. Os artigos 129, III, da Constituição Federal de 1988, 6º, VII, “b”, da LC 75/93, e 25, IV, “a” e “b”, da Lei 8.625/93, admitem a defesa do patrimônio público pelo Ministério Público, em ação civil pública. [...] 8. Recurso especial provido. (**Resp.** 678969/PB (2004/0093794-9), Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.12.2005).

Execução. Título originário de decisão do Tribunal de Contas Estadual. Legitimidade do Ministério Público. Lei nº 8.625/93. Precedente do STF que não se aplica à hipótese. I – O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de execução de título originário dos Tribunais de Contas, não se confundindo a hipótese com o precedente do STF invocado no aresto recorrido (RE nº 223.037-1/SE, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 02.08.02), que cuidava de execução promovida pelo próprio Tribunal de Contas e, de forma hipotética, considerou o nobre relator que nem mesmo o Ministério Público que atuava junto àquele órgão, por não integrar o Ministério Público ordinário, poderia fazê-lo. II – Recurso provido. (**Resp.** nº 996.031 – MG (Reg. nº 2007/0241523-0), Rel. Min. Francisco Falcão, Recte. Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recco. Valcy Farias Alves, cujo acórdão, publicado no Diário da Justiça da União de 28.04.2008, p. 1).

Tribunais de Justiça

Execução. Ministério Público. Título consistente em imputação de débito resultante de decisão do Tribunal de Contas do Estado. Ação Civil Pública de natureza executiva. Título executivo válido (CF, art. 71, § 3º) e revestido de exigibilidade. Le-

gitimação ativa do Ministério Público para a ação. Prescrição quinquenal inócurrenre, diante do que prevê o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. Recurso provido em parte apenas para cancelar a condenação do embargante ao pagamento de honorários advocatícios. (TJSP, Ap. nº 286 351 5/7, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. 26/11/2007).

Ação Civil Pública Executiva. Embargos do devedor. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Julgamento antecipado possível. Questão de fato documental-mente provada. Discussão no âmbito administrativo. Preliminar afastada. Ação Civil Pública Executiva. Decisão do Tribunal de Contas. Eficácia executiva. Execução escoreita. Preliminar afastada. Ação Civil Pública Executiva. Possibilidade. Precedentes Preliminar afastada. Ação Civil Pública Executiva. Legitimidade ativa do Ministério Público. Precedentes. Defesa do erário. Preliminar afastada. Prefeito Municipal. Contas rejeitadas. Responsabilidade pelas despesas consideradas impróprias. Consumo de combustível. Verbas escrituradas como “despesas de viagem” e não como “consumo de combustível”. Diferença apurada. Proposta de correção, para o próximo exercício, ineficaz quanto às contas em exame, consideradas irregulares. Recurso improvido. (TJSP, Ap. nº 240.798.5/0-00 Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 07/06/2004).

Agravo de Instrumento - Ação civil pública - Execução - Título executivo extrajudicial - Exceção de pré-executividade e indicação de bem à penhora rejeitados - Irresignação - Descabimento - Legitimidade do Ministério Público de propor a ação civil pública - Inteligência do art. 129, III da CF e arts. 5º e 12 da Lei nº 7.347/85 - Possibilidade de execução da decisão do Tribunal de Contas, mesmo em havendo ação pendente na qual se discuta o aludido débito - Inteligência do art. 585, VIII e § 1º do CPC c.c. art. 73, § 3º e art. 85 da LC 709/93 - Não observância do rol previsto no art.

655 do CPC que autoriza a rejeição da indicação por parte da exequente ex vi art. 656 do mesmo Codex - Decisão mantida – Recurso desprovido. (TJSP, A.I. nº 759 521 5/6-00, Rel. Des. Danilo Panizza, j. 08/04/2008).

Ação civil pública executiva. Decisão do TCE imputando débito. Inteligência dos arts. 15 da lei nº 7.347/85, 71, parágrafo terceiro e 75, ambos da CF e 585, VII, do CPC. Legitimidade do MP para o exercício. (TJSP, AC nº 163.708.5/0-, Rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 12/06/2001).

Constitucional. Processual Civil. Embargos do devedor. Ação de execução. Subsídios recebidos a maior por ex-agente político. Certidão de débito do Tribunal de Contas. Legitimidade ativa do Ministério Público. Desconstituição do título executivo. Ônus do embargante. Rejeição dos embargos. 1 - Para fins de cumprimento de sua função institucional de promover a defesa do patrimônio público (CF/88, art. 129, inc. III), o Ministério Público detém legitimidade para propor ação executiva com base em certidão do Tribunal de Contas que determina a devolução aos cofres públicos de valores recebidos a maior por ex-agente político (CF/88, art. 71, § 3º). 2 - Sendo ônus do embargante desconstituir o título executivo - certidão do Tribunal de Contas que goza de presunção de legitimidade do ato administrativo -, incumbe a ele demonstrar a ocorrência de circunstâncias aptas a excluir ou reduzir o débito exequendo, sem o que se impõe rejeitar os embargos. 3 - Recurso provido. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0342.06.069039-9/00, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 24/05/2007, DJ 09/08/2007).

Ação Civil Pública. Danos ao patrimônio público comprovados através de acórdão do tribunal de contas. Ministério Público. Extinção do feito

por falta de interesse processual, face à inadequação da ação. Desprovimento. É indiscutível a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para ressarcimento de débito ao Erário Público, conforme dispõe o art. 129, III, da Constituição Federal - Todavia, quando o débito ou multa for oriundo de acórdão do Tribunal de Contas, o interesse processual do “Parquet” só se materializa se houver inércia do município na execução extrajudicial, e mesmo assim por ação civil pública executiva, visto que a eficácia de título executivo não pode ser elidido em nova fase cognitiva - Inteligência do Inc. II e § 3º do art. 71 da Constituição Federal. (TJPB, Apelação Cível 888.2000.007336-9/001, Rel. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, j. 8/5/2001, DJ 31/5/2001).

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de execução, sempre que ocorrer inércia do Poder Público competente em fazer valer o comando do Tribunal de Contas do Estado. (**Súmula nº 40 do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba**).

7 CONCLUSÕES

O debate sobre a legitimidade do Ministério Público para propor ações de execução, com base nas decisões do Tribunal de Contas, que imputam multa ou débito ao gestor/ex-gestor municipal, é interessante, mas, conforme demonstrado, os argumentos que negam a legitimidade ministerial não resistem a uma análise mais profunda.

Ao que parece, depois de alguns anos negando a legitimidade do Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Maranhão tem acolhido a tese de que as decisões do Tribunal de Contas podem ser executadas através de ação proposta pelo Órgão Ministerial. Basta verificar que as quatro Câmaras Cíveis do Tribunal maranhense tem decisões favoráveis à legitimidade, sendo a maioria destas decisões

de recente data, destacando-se ainda que uma das Câmaras – a 2ª – tem até súmula sobre o assunto³.

A mudança de entendimento do Tribunal de Justiça do Maranhão deve-se à incansável luta dos membros do Ministério Público maranhense – de primeiro e segundo grau – em sempre recorrer das decisões que negavam a legitimidade ministerial.

Apesar de ainda haver certa divergência também no Superior Tribunal de Justiça, nota-se certa tendência a se aceitar a legitimidade ministerial, sendo necessário reconhecer que a Procuradoria Geral de Justiça tem interposto diversos recursos especiais para ver reconhecida a legitimidade ministerial no âmbito do “Tribunal da Cidadania”.

O texto produzido neste trabalho é apenas uma pequena amostra das discussões jurídicas sobre o tema e do posicionamento da jurisprudência, sobretudo local, com objetivo único de fomentar o debate.

REFERÊNCIAS

CHAI, Cassius Guimarães. O Ministério Público e as decisões definitivas de contas irregulares do TCE: ação civil de execução e legitimidade ad causam. In: MARANHÃO. Ministério Público. **Programa Contas na Mão**: experiência maranhense na transparência fiscal. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2007. p. 85-102.

MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

³ “As decisões do Tribunal de Contas, que reconheçam dívida ou atribuam multa patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos, têm eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF), sendo o Ministério Público parte legítima para propor a respectiva ação civil pública de execução”. (Súmula nº 11 da 2ª Câmara Cível do TJMA).

**DIREITO PENAL
E
PROCESSUAL CIVIL**

**QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O ART.
475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
A POSSÍVEL INCIDÊNCIA DE MULTA NAS EXECUÇÕES
PROVISÓRIAS E O TERMO INICIAL PARA O
CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA SENTENÇA
DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA**

*Karen Beatriz Taveira Barros**

Resumo: O presente artigo objetiva analisar as controvérsias na interpretação do art. 475-J do Código de Processo Civil no que diz respeito à possibilidade de incidência de multa nas execuções provisórias e o termo inicial para o cumprimento espontâneo da sentença de obrigação de pagar quantia certa, destacando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Controvérsias. Art. 475-J do Código de Processo Civil. Multa nas execuções provisórias. Termo inicial para o cumprimento espontâneo de sentença de pagar quantia certa. Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: The present article has an aim to analyse the controversies in the interpretation of the article 475-J of the Civil Process Code due to the responsibility of the incidence of penalty in the temporary enforcements and the initial term to the spontaneous fulfilment of the sentence of duty of paying certain value, highlighting the understanding of the Superior Court of Justice.

Keywords: Controverses. Article 475-J of the Civil Process Code. Penalty in the temporary enforcements. Initial term to the spontaneous fulfilment of the sentence of duty of paying certain value. Superior Court of Justice.

* Estudante de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco -UNDB.

1 INTRODUÇÃO

O processo, do ponto de vista uniforme, é uma relação jurídica estabelecida entre autor, juízo e réu, com a finalidade de reivindicar um direito controvertido, acautelar esse direito ou realizá-lo. (NUNES, 2010, p. 741). Quando a parte autora tem seu pedido reconhecido, ela precisa então compelir a parte vencida a cumprir a obrigação pactuada, ocasião em que deve usar um dos vários procedimentos que integram o processo de execução.

Nesse ponto, a Lei nº 11.232/2005 instituiu no Direito Processual brasileiro uma nova forma de execução de sentenças, buscando, principalmente, dar uma maior efetividade e celeridade ao processo de execução, passando este a compor apenas uma fase processual, e não mais um processo autônomo.

Dessa forma, o artigo 475-J do Código de Processo Civil foi acrescentado pela referida lei, assinalando que caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou que já tenha sido fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de uma multa de 10% (dez por cento).

Entretanto, o aludido dispositivo levanta diversos pontos controvertidos em sede de execução provisória e definitiva, não havendo um entendimento pacífico quanto ao início da contagem do prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento voluntário do valor da condenação, bem como não está consolidado na doutrina e jurisprudência se há ou não a incidência da multa de 10% (dez por cento) nas execuções provisórias.

Quanto à discussão acerca da incidência da multa do art. 475-J do Código de Processo Civil nas execuções provisórias, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou diversas vezes, tendo a 4ª Turma daquele Tribunal, no REsp nº 979.922/SP, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, afastado completamente a incidência da supramencionada multa em sede de execução provisória.

Quanto ao outro ponto controvertido, que diz respeito ao início da contagem do prazo de 15 (quinze) dias do citado artigo, o Tribunal da Cidadania recentemente entendeu que o termo inicial do prazo é a intimação do devedor na pessoa do advogado, pela publicação na im-

prensa oficial, conforme se vê nos autos do REsp nº 940.274/MS, cujo relator para acórdão foi o Ministro João Otávio de Noronha.

2 A MULTA DO ART. 475-J NAS EXECUÇÕES PROVISÓRIAS

O art. 475-I, parágrafo único, do Código de Processo Civil, expressa que “é definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo”.

Interessante ressaltar que, no texto anterior à reforma em voga, a disposição citada era similar, como demonstrado na antiga redação do art. 597, caput, do Código de Processo Civil, segundo o qual “a execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

Analisando as questões mais controvertidas envolvendo a interpretação do art. 475-J daquele diploma, a que se mostra mais tormentosa é a que trata da incidência ou não do dispositivo no âmbito de sentença condenatória provisoriamente exequível.

Nesse diapasão, a maioria da doutrina brasileira entende ser admissível a incidência da multa de 10% (dez por cento) quando se tratar de execução provisória, fundamentando-se na interpretação literal do próprio art. 475-J do Código de Processo Civil, que não relaciona a sua incidência à ocorrência do trânsito em julgado. Assim já se manifestaram Luiz Fux, Athos Gusmão Carneiro, Cássio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier.

Vale ressaltar que a fundamentação para tal entendimento é lecionada por Lucon (2007, p. 56), o qual assinala que “no momento em que a obrigação líquida e certa se torna exigível, em execução provisória ou definitiva, deseja o legislador que o executado espontaneamente a cumpra”.

Marinoni e Arenhart (2007, p. 235) se alinham ao mesmo posicionamento, explicando que:

Sendo inequívoca a existência da obrigação – porque reconhecida por título executivo judicial – não se justifica que o devedor possa permane-

cer inerte, em desobediência à ordem jurídica. Ainda que provisório o título executivo judicial, porque discutível em grau de recurso, ao qual a lei, porém, entendeu por negar efeito suspensivo, concluindo pela improbabilidade da alteração do resultado, ou pela necessidade de correr-se o risco da modificação futura, em prol da celeridade processual.

E, em seguida, concluem (2007, p. 237):

Cair no equívoco de admitir que a multa somente pode incidir depois do trânsito em julgado implica ignorar o fato de que ela também objetiva dar efetividade à sentença condenatória e que essa pode produzir efeitos antes da formação da coisa julgada material.

Em sentido oposto, Humberto Theodoro Júnior, Ernani Fidélis dos Santos, José Maria Rosa Tesheiner e Marcelo Abelha Rodrigues não aceitam a incidência da multa de 10% (dez por cento) em sede de execução provisória.

O ilustre Rodrigues (2008, p. 627-628) afirma que “não há discussão quanto ao fato de que a multa pelo não pagamento só poderá ocorrer quando a sentença tiver transitado em julgado, não incidindo nas execuções provisórias”.

O principal argumento utilizado por esta última linha doutrinária é o de que não seria razoável o cumprimento, sob pena de multa, de uma sentença que é passível de mudança, tendo os adeptos deste posicionamento entendido que a multa de 10% (dez por cento) do art. 475-J do Código de Processo Civil somente é aplicável nas execuções definitivas, que pressupõe o trânsito em julgado.

Sobre o assunto, e corroborando tal tese, Theodoro Júnior (2006, p. 143) ensina que “a multa do art. 475-J, porém, não se aplica à execução provisória, que só se dá por iniciativa e por conta e risco do credor, não passando, portanto, de faculdade ou livre opção de sua parte”.

O Tribunal da Cidadania recentemente se manifestou sobre o conturbado tema, afastando a incidência da multa de 10% (dez por

cento) do art. 475-J do Código de Processo Civil nas execuções provisórias, *litteris*:

Ainda que a execução provisória realize-se, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, na dicção do art. 475-O do CPC, é inaplicável a multa do art. 475-J, endereçada exclusivamente à segunda, haja vista que exige-se, no último caso, o trânsito em julgado do pronunciamento condenatório, aqui não acontecido¹.

Theodoro Júnior (2007, p. 53) assevera que:

O direito de recorrer agrega-se à garantia do devido processo legal, pelo que o litigante não poderá ser multado por se utilizar, adequadamente e sem abuso, desse remédio processual legítimo. [...] Dessa maneira, há na própria sistemática do direito processual uma inviabilidade de punir-se o devedor por não cumprir a sentença contra o qual interpôs regular recurso. A multa a que se refere o art. 475-J não tem objetivo de repreender a litigância de má-fé, sendo que “sua função é de mera remuneração moratória. Se o recurso for manifestamente protelatório, o executado não ficará impune; ficará, isso sim, sujeito a uma punição mais grave, cabível por atentado à dignidade da justiça.

Diante destas discussões, não parece possível a aplicação do art. 475-J do Código de Processo Civil indistintamente às execuções definitivas e provisórias, pois têm momentos processuais diferentes, máxime guardem semelhanças procedimentais. (PINTO, 2009, p. 12).

É cediço que a execução provisória é baseada em título provisório que se destina a ser substituído pela decisão proferida em

¹ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial nº 979.922/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, decisão unânime, julgado em 02/02/2010, DJ de 12/04/2010.

grau de recurso .(CÂMARA, 2006, p. 109-113), ao passo em que a execução definitiva se baseia em “sentença transitada em julgado”. (ASSIS, 2007, p. 139), isto quando a decisão for acobertada de coisa julgada material.

Assim, a multa não é devida em caso de execução provisória, pois a mesma é própria da execução definitiva, pelo que pressupõe sentença transitada em julgado para tanto, não havendo que se falar em multa, pois ainda não decorreu o prazo para o pagamento voluntário.

3 O MARCO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO DO ART. 475-J

Outro ponto controvertido diz respeito à contagem do prazo de 15 (quinze) dias expresso no art. 475-J do Código de Processo Civil, com a existência de diversas correntes doutrinárias tentando explicar o marco inicial da contagem do prazo para cumprimento espontâneo de quantia já liquidada ou a ser fixada em liquidação.

A primeira corrente, cujos seguidores são Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro e Luiz Guilherme Marinoni, defende a contagem do prazo automaticamente, assim que a sentença se tornar executável, pelo fato de ter transitado em julgado ou por ter sido alvo de recurso sem efeito suspensivo. Nessa linha de raciocínio, o prazo flui sem a necessidade da intimação de advogado, nem mesmo do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça já defendeu a dita tese, mas observando que incidirá a multa unicamente quando a sentença condenatória transitar em julgado, conforme revelado abaixo.

1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.
2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.
3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze

dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%².

Outra corrente bastante difundida na doutrina pátria, à qual se alinham José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco, entende que a contagem do prazo disposto no art. 475-J do Código de Processo Civil começa a fluir a partir da intimação do devedor, por se compatibilizar com o conteúdo disposto no art. 240, caput, do referido Estatuto Processual.

Os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina (2006, p. 4) enfatizam a tese sob foco, *in verbis*:

O cumprimento da obrigação não é ato cuja realização dependa de advogado, mas é ato da parte. Ou seja, o ato de cumprimento ou descumprimento do dever jurídico é algo que somente será exigido da parte, e não de seu advogado, salvo se houver exceção expressa, a respeito, o que inexistente, no art. 475-J, caput, do CPC.

Fredie Didier Júnior também repudia a fluência automática do prazo de 15 (quinze) dias, defendendo a necessidade de intimação do devedor para o cumprimento da sentença fundada em quantia certa transitada em julgado ou sob o qual não pesa recurso com efeito suspensivo, que pode ser feita pela imprensa oficial, dirigida ao seu advogado.

Isto porque podem surgir dúvidas sobre a data do trânsito em julgado (caso o último recurso não seja conhecido) e sobre o montante da dívida, que às vezes exige a elaboração prévia de cálculos aritméticos pelo próprio credor.

A partir desse entendimento, surge uma outra controvérsia, a que questiona a necessidade da intimação pessoal do devedor ou de seu advogado, por meio de órgão oficial de imprensa.

Na seara, quem defende a primeira hipótese acredita que este é um ato que toca o interesse do devedor e entende que seriam

² Superior Tribunal de Justiça, 3ª turma, Recurso Especial nº 954.859/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão unânime, julgado em 16/08/2007, DJ de 27/08/2007.

menores as chances de pagamento voluntário com a intimação do advogado.

É bom lembrar que Marcelo Abelha Rodrigues, na primeira edição do seu Manual de Execução Civil, em 2006, entendia que a intimação deveria ser feita na pessoa do devedor .

No entanto, em edição mais recente da obra, assim preleciona o referido autor, *verbis*:

O prazo de 15 dias a que alude o dispositivo deve ser contado, regra geral, da intimação do advogado do devedor do trânsito em julgado do provimento condenatório (sentença ou decisão na liquidação), excluindo-se o dia do início e contando-se o do final, segundo as regras normais de contagem de prazo do art. 184 do CPC (RODRIGUES, 2009, p. 318).

Aliás, comungam deste entendimento Nelson Nery Júnior, Cássio Scarpinella Bueno, Fredie Didier Júnior e Elpídio Donizetti.

A respeito, Nery Júnior e Rosa Maria Nery (2010, p. 456) lecionam:

Multa de 10%. Intimado o devedor na pessoa de seu advogado, pode cumprir (pagar) ou não cumprir o julgado (não pagar). O descumprimento desse dever de cumprir voluntariamente o julgado acarreta ao devedor faltoso a pena prevista no caput do CPC 475-J: acresce-se ao valor do título 10% (dez por cento), sob rubrica de multa.

Vale frisar que o Superior Tribunal de Justiça recentemente se posicionou sobre o tema, proferindo uma decisão em favor desta última tese, consoante adiante se vê, nestes termos:

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o

regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada. 2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a oposição do “cumpra-se” pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil³.

Expostas as divergências sobre o prazo para cumprimento voluntário da obrigação disposta no art. 475-J do Código de Processo Civil, convém acolher a tese recém esposada pelo Tribunal da Cidadania, pois, na prática, como já foi colocado, a intimação pessoal demanda mais custos processuais, visto que o devedor pode se valer de façanhas para não ser encontrado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado neste artigo encontra inúmeras divergências, que ainda não se encontram pacificadas no âmbito jurídico brasileiro, o que acarreta uma enorme incerteza ao aplicador do direito no âmbito procedimental, podendo até causar nulidade dos atos produzidos, quando opostos ao entendimento dos tribunais.

A partir desse breve estudo, permite-se estabelecer as seguintes conclusões sobre o tema: 1^a) a multa do art. 475-J do Código de

³ Superior Tribunal de Justiça, 3ª turma, Recurso Especial nº 954.859/RS, rel. Min João Otávio Noronha, decisão unânime, julgado em 07/04/2010, DJ de 31/05/2010.

Processo Civil não é aplicável nas execuções provisórias, pois aquela só deverá incidir quando a sentença já tiver transitado em julgado, uma vez que a execução provisória ainda está passível de modificação; e 2ª) o termo inicial da contagem do prazo de 10 (dez) dias para pagamento espontâneo da obrigação deve ser o da intimação do devedor na pessoa do seu advogado, por meio de imprensa oficial, partindo dos pressupostos da celeridade e efetividade do processo, evitando mais formalismos e demoras da seara processual.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROS FILHO, Mario Thadeu Leme de. Multa do art. 475-J e a busca da efetividade. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4.

BUENO, Cássio Scarpinella. Novas variações sobre a multa do art. 475-J do CPC. In: BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de processo civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____ et al. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Multa de 10% (dez por cento) na lei n. 11.232/05. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 7, p. 54-69, mar./abr. 2007. Disponível em: <www.panoptica.org/marcoabril07.htm>. Acesso em: 17 jun. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINTO, Christian Barros. A multa no cumprimento de sentença recorrida sem efeito suspensivo: análise do caput do art. 475-J sob a perspectiva do Regime Especial das Execuções Provisórias. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 72, p. 9-18, mar. 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de execução civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005). **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 1, p. 15-21, set. 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

**DIREITO PENAL
E
PROCESSUAL PENAL**

OS PRINCÍPIOS DA CULPABILIDADE COMPARTILHADA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO ATENUANTES INOMINADAS NA DOSIMETRIA DA PENA

*Justino da Silva Guimarães**

Os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresenta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as ideias básicas que servem de fundamento ao direito positivo. José de Albuquerque Rocha.

Resumo: O artigo tem por fim precípua analisar a possibilidade de aplicação da atenuante inominada insculpida no art. 66 do Código Penal como forma de compensação de natureza penal quando violado o direito fundamental do agente de ser julgado dentro de um prazo razoável, visto que a razoabilidade é um referencial ao controle do abuso do poder estatal. A atenuante inominada é possível também quando se percebe que o Estado não oferece oportunidades iguais para todos os cidadãos, somente a uma parcela da sociedade que alcança os direitos sociais com efetividade, de modo que a responsabilidade penal pode ser compartilhada entre o agente, a sociedade e o Estado quando diante de crime sem violência à pessoa.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, titular da 20ª Promotoria de Justiça Criminal da comarca de São Luís-MA. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA. Autor das obras: *A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas* e *Direito Penal e Processual Penal Garantista. Das ideias à concretização*.

Palavras-chave: Atenuante inominada. Princípio da duração razoável do processo. Direitos fundamentais. Princípio da co-culpabilidade. Insuficiência de direitos sociais.

Abstract: The article has the aim to analyse the possibility of the implementation of the innominated attenuating inscribed in the article 66 of the Criminal Code as a way of compensation of the criminal nature when it is violated the fundamental right of the agent to be judged within a reasonable time, whereas the reasonability is a reference to the control of the abuse of the state power. The innominated attenuating is also possible when it is noticed that the State does not offer equal opportunities to all the citizens, only a parcel of the society reaches the social rights with effectiveness, in such way that the criminal responsibility can be shared among the agent, the society and the State when faced with a crime without violence to the person.

Keywords: Innominated attenuating. The principle of duration of the process. Fundamental rights. The principle of co-culpability. Lack of social rights.

1 INTRODUÇÃO

Pouco se tem explorado tanto na doutrina quanto principalmente na praxe forense outras formas de atenuantes senão as previstas expressamente no art. 65 do Código Penal, como se não houvesse previsão legal para atenuar a pena quando se está diante de circunstância relevante não prevista em lei.

A dogmática impregnada no Direito Penal induz a essa conclusão, pois interpretar o Direito Penal com visão crítica à luz da Constituição Federal e da teoria do garantismo penal integral não é uma constante, posto que esse ramo do direito continua a ser visto e aplicado como o único instrumento eficaz para combater o crime, mormente os delitos comuns praticados por pessoas que não tiveram a oportunidade de outras quanto ao alcance de direitos fundamentais humanos sociais mínimos, por isso é fácil afirmar que a igualdade material ainda é desigual.

É na desigualdade de oportunidades/meios para alcançar o fim desejado por todos os cidadãos que reside a possibilidade de aplicação do princípio da culpabilidade compartilhada ou co-culpabilidade como uma circunstância relevante para abrigar a atenuante inominada

ínsita no art. 66 do diploma legal suso mencionado. Vale dizer que a culpabilidade não pode recair somente sobre a pessoa do acusado, devendo ser mitigada, compartilhada com a sociedade e o Estado.

Nesse contexto, um panorama sobre a teoria da anomia, cunhada pelo sociólogo francês Émile Durkheim e posteriormente desenvolvida pelo sociólogo americano Robert Merton, bem como do papel da criminologia crítica, que melhor será compreendida a função precípua da culpabilidade compartilhada no ordenamento jurídico nacional, haja vista que a base de tal teoria continua a existir e a criminologia que se reportará não tem como ponto de partida unicamente a pessoa do delinquente.

O princípio da duração razoável do processo também não é explorado como uma atenuante inominada quando violada a sua função, a de impedir que o julgamento da ação ultrapasse o limite do tolerável dentro de determinados critérios mínimos, não olvidando ser cediço que a justiça brasileira é morosa e burocrática, basta trazer como exemplo a prática de mutirões de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça desde o ano de 2009, onde deixa transparecer lividamente a crise não apenas do poder judiciário, como de todas as instituições que fazem a justiça brasileira, de cuja crise não poderá o imputado ser penalizado.

Será discutida ainda, diante da atenuante inominada decorrente da violação da duração razoável do processo, a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal, desmistificando o entendimento contrário fulcrado na tese de que se é possível reduzi-la abaixo do mínimo legal, possível será majorar as agravantes acima do máximo legal.

Os dois princípios que serão minudentemente estudados sob essas vertentes não têm o condão de por fim na discussão do tema proposto, cômico de que as opiniões em sentido contrário são majoritárias, das quais se tem absoluto respeito. Porém, é preciso interpretar o Direito partindo da Constituição Federal, de modo que os códigos e as leis extravagantes não podem ficar no ápice da cadeia hierárquica das normas. É preciso evoluir, acompanhar a dinâmica da sociedade que é plural e complexa através de uma visão constitucional principiológica.

2 BREVE COMENTÁRIO ACERCA DO SIGNIFICADO E FINALIDADE DO TERMO JURÍDICO-PENAL *CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE*

Para a lexicóloga Rocha (1996, p. 121) o termo *circunstância* significa particularidade que acompanha um fato, sendo causa ou condição que atenua ou agrava esse fato. A expressão *atenuante* denota suavidade, o que torna tênue ou é menos forte. Hungria (1958, p. 132) leciona que “as circunstâncias são as modalidades da ação criminosa, particularmente no que respeita à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou ao estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime”.

O conceito gramatical de circunstância atenuante tem a mesma similitude do jurídico, partindo da premissa de que é aquela que acompanha o fato ao seu redor, minimizando-o em face da interpretação dada a esta circunstância. Assim, as atenuantes reduzem a pena diante de um menor grau de culpabilidade quando da dosimetria da pena, e estão umbilicalmente ligadas às circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo que não fazem parte integrante do tipo penal, seja qual for, podendo ser aplicadas em qualquer delito e estão previstas taxativamente no art. 65 da Lei Substantiva Penal. Na mesma linha doutrinária extraem-se das palavras de Costa (2000, p. 45), para quem:

O crime poderá apresentar-se despidido de circunstâncias, nu em seu modelo legal, circunscrito a seus elementos essenciais. Poderá também surgir circundado por uma constelação de elementos acessórios que, sem alterar o seu aspecto qualitativo, intensifica ou abranda sua quantidade. Circunstâncias legais atenuantes são aquelas que atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e consequentemente a culpabilidade pelo crime praticado.

A partir da reforma da parte geral do Código Penal ocorrida no ano de 1984, através de uma política criminal preocupada não ape-

nas em proteger a sociedade, mas também em destinar o sentenciado ao cárcere somente quando reconhecidamente necessário, levando em consideração a gravidade do delito, a exemplo das novas faixas de sanções para o instituto da suspensão condicional da pena; a nova redação do art. 44 dada pela Lei nº. 9.714/98 que alargou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e outras alterações que vêm sendo lentamente ajustadas à luz dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal, infere-se que as atenuantes, a pano de fundo, também se destinam a evitar o estigma da prisão.

Ora, a partir do momento em que o legislador não limitou a cominação de pena exclusivamente no tipo penal prescrito, possibilitando que circunstâncias externas sejam aquilatadas pelo magistrado para diminuir o *quantum* quando da dosimetria, a exemplo de cometimento de crime por motivo de relevante valor social ou moral, verifica-se que houve a preocupação também de evitar o cárcere para determinados tipos de delitos desprovidos de violência à pessoa, considerando ser a prisão umas das maiores mazelas que permanece viva na história da humanidade.

Tem razão Foucault (2001, p. 131) ao aduzir que desde o começo a prisão deveria ser um instrumento tão aperfeiçoado como a escola e agir com precisão sobre os indivíduos, porém o seu fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo em que o próprio projetado e que desde o ano de 1820 ficou constatado que longe de cumprir a sua função de “ressocialização”, serve apenas para fabricar novos criminosos ou fundá-los ainda mais na criminalidade¹.

Essa preocupação vem a se confirmar com o disposto no art. 66 do mesmo diploma legal ao prever a possibilidade de redução de pena quando se está diante de uma circunstância diversa daquelas previstas

¹ Para Bruno (1976, p. 9), “a prisão é o mais complexo e tormentoso problema que o Direito Penal nos pode oferecer. No seu fundamento denota-se um sentimento de frustração em torno dos resultados práticos obtidos”. Ora, a partir do momento que se percebe que a prisão é um depósito de indigentes, que embrutece, estigmatiza e despersonaliza o ser humano, a sua falaciosa função tem efeito invertido. No mesmo sentido, Zaffaroni (2001, p. 28) entende que “a cadeia é uma gaiola, um aparelho, uma máquina de fixar comportamentos desviados das pessoas e de agravá-los. A cadeia é uma oficina de fabricar matizes humanos. Só serve para isso”.

no art. 65, bastando que seja relevante para o magistrado. A expressão *circunstância relevante* possui sentido aberto, indefinido, suscetível de vasta interpretação, de forma que ficará ao seu talante aferir se a circunstância – ocorrida antes ou depois do delito, embora não prevista em lei – que contribuiu para a prática do delito é suficientemente importante para que a pena seja atenuada, devendo ser obrigatoriamente fundamentada a fim de evitar a arbitrariedade².

3 A CULPABILIDADE COMPARTILHADA OU CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE INOMINADA PREVISTA NO ART. 66 DO CP EM FACE DA NEGAÇÃO OU INSUFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

Em sua igualdade majestática a lei proíbe tanto ao rico quanto ao pobre dormir debaixo das pontes, esmolar nas ruas e furtar pão, e nela vale também para o direito penal a palavra amarga: 'Deixais ao pobre tornar-se culpado, em seguida o entregais à dor'! Anatole France.

3.1 Síntese histórica sobre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

A história dos direitos fundamentais pode ser conferida sob vários aspectos. Aqui será enfocada sob a perspectiva de sua evolução na esfera normativa através de suas dimensões³.

Imperioso registrar que não se utiliza a expressão *geração* por ter conotação de sucessão, de tempo cronológico fixado entre um estágio e outro, como se o subsequente eliminasse o anterior. O termo

² Para Sheicaira (1998, p. 67-80), “na consideração das circunstâncias legais e judiciais, confere o Código ao juiz um amplo poder discricionário. Essa discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Por isso, tem obrigação de motivar o exercício do poder discricionário que lhe foi conferido. É de mister que o julgador deixe dito como e porque chegou à fixação ou à dosagem das penas que impôs na sentença; como e porque reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e porque segue este caminho ou outro distinto”.

³ Sobre a evolução dos direitos fundamentais, ver obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*.

dimensão é mais apropriado, pois demonstra que os direitos fundamentais, a partir de sua evolução, vão se aglutinando, de modo que do primeiro ao último gestado estão a se somar.

No final do século XVIII a humanidade atingiu um grau de maturação no sentido de que os direitos fundamentais seriam imprescindíveis para uma vida digna em sociedade. O surgimento dos direitos subjetivos individuais foi marcado pelos movimentos revolucionários liberais, exurgindo, por exemplo, a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 1776, sendo a primeira declaração a utilizar a expressão *direito* como significado de direitos humanos. Todavia, foram os franceses (Revolução Francesa) os primeiros a proclamá-los, nascendo os *direitos de primeira dimensão*, chamados de liberdades públicas (vida, liberdade individual, segurança, igualdade e propriedade), direitos subjetivos individuais concebidos como limites aos poderes do soberano, verdadeiros direitos de defesa, posto que visavam impingir os abusos do poder do Estado.

Fachin e Ruzyk (2003, p. 89) asseveram que os direitos fundamentais de primeira dimensão eram exercidos contra um ente que se colocava em posição de superioridade em relação aos titulares do direito a eles subordinados, razão por que eram projetados como liberdades públicas, já que eram exercidos frente ao Estado, constituindo, assim, verdadeiras liberdades negativas (espaços de não-intervenção).

Percebendo que tais direitos derivados de seus bens jurídicos eram individualistas, abriu-se espaço para a implantação do *Estado do Bem Estar Social* (Estado Providência) no transcurso das primeiras décadas do século XX, gestado para materializar o sonho de garantias de direitos como saúde, salubridade pública, moradia, alimentação, educação etc., que ficaram conhecidos como *direitos de segunda dimensão* a exigir prestações positivas. Uma marca indelével desse estágio reside no princípio da igualdade, que saiu do plano formal e abstrato para o plano material, embora de forma desigual.

Ocorreu que os direitos de segunda dimensão, como normas programáticas, tornaram-se um peso para o Estado Providência diante de seu elevado custo. Em decorrência das promessas não cumpridas, foi superado pelo *Estado Democrático de Direito*, o qual, segundo Freire Júnior (2005, p. 27), nasceu com a promessa de oferecer soluções qua-

litativas superiores aos demais estágios do constitucionalismo, centrado na interpretação das normas constitucionais de forma mais ampla, democrática e não engessada (mutação constitucional) e nos princípios explícitos e implícitos espalhados no corpo da Carta Magna, com o fito de efetivar direitos fundamentais, ou seja, a Constituição do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de se fazer normativa e não meramente simbólica.

Assim, enquanto os direitos de primeira dimensão podem ser reivindicados pelo próprio indivíduo, que singularmente possui a titularidade, os de segunda dimensão podem ser reivindicados por uma categoria ou por diversas coletividades e os *direitos de terceira dimensão* são dotados de um elevado grau de humanismo e universalidade, porquanto de titularidade difusa (gênero humano). Correspondem aos direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico e cultural. (BONAVIDES, 2005, p. 569)⁴.

Nem o regime político atual, o consagrado Estado Democrático de Direito, deixou de ser atingido por crise. É que se faz presente a globalização neoliberal que através do lucro sugado dos países economicamente mais fracos, os quais são obrigados a aceitar as imposições das regras, torna-os reféns dos países economicamente ricos, o que desemboca na quebra da soberania. O consumo é a meta chave: aquele que não consome é inútil ao sistema e, conseqüentemente, não possui direitos. A globalização econômica conduz à mudanças de paradigmas, valores e costumes diante de uma sociedade dinâmica, plural, consumista e competitiva, transformando o cidadão não consumista e desprovido de direitos sociais em um ser atônito, perdido no espaço e no tempo cultural e socialmente, em um ser anômico.

⁴ Bonavides (2005, p. 571-572) apresenta a *quarta dimensão dos direitos fundamentais*, fruto do pensamento econômico que só tem se preocupado com a economia global em detrimento de uma globalização dos direitos fundamentais, única que interessa aos povos da periferia, razão por que “globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim auferir humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir”. Assim, em oposição ao fenômeno da globalização de cunho econômico, é que surgiram os direitos à democracia (democracia direta), à informação e ao pluralismo.

A propósito, vale vincar que a concepção de cidadania não pode ser reduzida a um título eleitor e tampouco confundida com nacionalidade ou direitos políticos, povo, território e governo, por isso exigir do cidadão título de eleitor para propor uma ação popular é inconcebível. Cidadania deve ser encarada como um processo de luta tendente à emancipação, às conquistas de espaços públicos. (GUIMARÃES, 2006, p. 73). Para Batista (2004, p. 101), a diluição do sentido da palavra cidadania, na sua avassaladora e cotidiana despolitização, constitui um verdadeiro golpe de mestre.

Nesse perigoso e injusto jogo de interesses econômicos, o Direito Penal, como uma instância de controle social⁵, entra em cena para limpar da sociedade o cidadão não consumista, aquele desprovido de direitos sociais mínimos (mínimo existencial) através de vários movimentos, a exemplo da *tolerância zero* e do *movimento de lei e ordem*, ambos importados dos Estados Unidos, os quais são contrários às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos.

A ideologia do *movimento de lei e ordem*⁶ parte do pressuposto de que qualquer conduta considerada desviante ou anti-social, mesmo aquela que pouquíssima ou nenhuma lesão concreta ao bem jurídico se torne ameaça, está sujeita a transformar-se em infração penal, objetivando evitar a sua expansão e proteger a sociedade do “bem” (a consumista), mesmo que isso implique em perda de direitos e/ou garantias processuais de toda a sorte. O Direito Penal como resposta eficaz para

⁵ Para Conde (2005, p. 22-23), não poderá haver sociedade sem controle social. O controle social delimita os limites da liberdade humana na sociedade, construindo ao mesmo tempo um instrumento de socialização de seus membros. O Direito Penal, como uma instância de controle formal e que não poderá estar desconectado com as demais instâncias de controle social, “é a parte visível mais tétrica e quiçá terrível do *iceberg* que representa os diversos mecanismos de controle do indivíduo na sociedade”.

⁶ O intitulado *Law and Order (Movimento de Lei e Ordem)* é uma corrente político-criminal norte-americana, nascida na década de setenta e com ressonância na década de oitenta. Começou a ganhar força na Europa, a partir da falência do Estado de bem-estar social e, no Brasil, no final da década de oitenta, passando a dominar o cenário político-social neste decênio, sendo responsável pela edição de inúmeras leis que repousam na ideia de que o Direito Penal é capaz de combater a criminalidade e, para tanto, deve ser instituída uma ordem penal a máxima possível repressiva, a exemplo da lei dos crimes hediondos e da lei que instituiu a interceptação telefônica. (BIANCHINI, 2009, p. 5).

combater o crime e reduzir a criminalidade deverá oferecer sanções cada vez mais severas e longas, ou seja, um Direito Penal máximo que substitui o Estado Social pelo Estado Penal.

Percebe-se, então, que o Direito Penal se torna o primeiro contato com o cidadão nas relações sociais, quando, na verdade, deveria intervir preferencialmente após a efetividade dos direitos fundamentais sociais catalogados como direitos humanos, e a partir de então tipificar condutas que realmente merecem passar pelo crivo do controle social punitivo. Tem razão Guimarães (2010, p. 35) ao afirmar que “tal preocupação deriva da incontestável relação existente entre Direitos Humanos e Direito Penal, posto que, onde há mais incidência do direito punitivo, com toda a certeza, há menos prevalência dos Direitos Humanos sociais básicos”.

Ora, a partir da concepção de que a globalização reinante subjugua a globalização dos direitos humanos, o Estado brasileiro, inserido no tecido econômico global, não cumpre o seu papel no campo social de forma igualitária; não resta dúvida de que o princípio maior da Constituição Federal é aviltado, o da dignidade da pessoa humana⁷. A dignidade da pessoa humana a que se faz alusão traduz os carecimentos de homens e mulheres inseridos em seus contextos históricos. Em outras palavras, serve-se das lições de Miranda (2000, p. 184), para quem:

Em primeiro lugar a dignidade da pessoa é da pessoa concreta na vida real e cotidiana: não é de um ser ideal e abstracto. É o homem e a mulher tal como existe que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irreparável e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.

A Unesco define genericamente os direitos humanos fundamentais por um lado como sendo uma proteção de maneira institucio-

⁷ A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é historicamente recente, posto que somente após a segunda guerra mundial passou a ser previsto expressamente nas Constituições, principalmente após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU em 1948. A primeira Constituição a prevê-lo foi a Constituição de Weimar ao prescrever que “*o respeito à pessoa humana é um limite constitucional ao poder legislativo*”. A primeira Constituição brasileira a prevê-lo expressamente foi a Carta Republicana em voga.

nalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2003, p. 39-40).

Percebe-se então que, dentro da política neoliberal globalizada e punitiva, potencializa-se o Direito Penal em detrimento de direitos sociais voltados para a camada social menos favorecida e não consumista⁸, estando latente a desigualdade material. Portanto, aquele que pratica determinado delito sem violência, a exemplo do crime de furto, não poderá arcar sozinho com a ilícita conduta quando da análise do caso concreto, pois a sociedade e o Estado também têm parcela de responsabilidade, o que se denomina de culpabilidade compartilhada, cujo princípio poderá ser utilizado como uma espécie de atenuante inominada.

3.2 Atenuante inominada: A relação entre a culpabilidade compartilhada e a teoria da anomia. O princípio da igualdade material

A co-culpabilidade tem estreita relação com outros princípios, em especial o da igualdade, bem como com a criminologia e a teoria da anomia, sem os quais não seria possível interpretá-la como uma atenuante inominada com vistas a atenuar a pena do imputado.

García-Pablos de Molina (apud CALHAU, 2009, p. 8) conceitua a criminologia⁹ como:

A ciência empírica e interdisciplinar que tem por objetivo o crime, o delinquente, a vítima e o controle social do comportamento delitivo; e que aporta uma informação válida, contrastada e confiável, sob a gênese, dinâmica e variáveis do crime – contemplando este como fenômeno in-

⁸ Sobre o assunto, ver obra de Vera Regina Pereira de Andrade, *Sistema penal máximo x cidadania mínima. Código da violência na era da globalização*.

⁹ Etimologicamente, o termo criminologia vem do latim *crimen* e do grego *logo*. Passou a ser aceito internacionalmente por conta da obra intitulada, *Criminologia*, publicada no ano de 1885, autoria de Raffaele Garofalo. (CALHAU, 2009, p. 7).

dividual e como problema social, comunitário –, assim como a sua prevenção eficaz, as formas e estratégias de reação ao mesmo e as técnicas de intervenção positiva do infrator.

A criminologia a que se faz alusão é baseada nas teorias criminológicas críticas¹⁰ e não na criminologia tradicional etiológica – esta nasceu do positivismo do século XIX, na Itália, influenciada pela teoria Lombrosiana positivista e limitou-se ao estudo da causa da criminalidade partindo da pessoa do criminoso –, pois não trabalha para legitimar o sistema penal e o seu laboratório não parte de uma penitenciária e, sim, do funcionamento global do sistema penal.

Vale dizer que a criminologia tem a capacidade de analisar o fenômeno do crime, do criminoso e do controle social na totalidade do sistema de aplicação da justiça penal, acompanhando a velocidade de acontecimentos sociais envoltos às variantes do crime para buscar a prevenção, a sua primeira função. Ademais, tem a missão de estudar os crimes do colarinho branco, notadamente pelo fato de seus agentes não serem clientes do sistema penal¹¹. Baratta (2002, p. 102), tocando no

¹⁰ A criminologia crítica concebida por Alexandre Baratta tem por base a teoria epistemológica do etiquetamento do sistema penal, ou seja, na seletividade de clientes, tais como os negros, pobres e egressos, através dos órgãos de controle social formal. Para Mazzocco (2006, p. 1), a criminologia crítica “parte da idéia de sociedade de classes, entendendo que o sistema punitivo está organizado ideologicamente, ou seja, com o objetivo de proteger os conceitos de interesses que são próprios da classe dominante. [...] O sistema destina-se a conservar a estrutura vertical de dominação e poder, que existe na sociedade, a um tempo desigual e provocadora de desigualdade. Isso se demonstra pelo caráter fragmentário do Direito Penal, que pune intensamente condutas que são típicas dos grupos marginalizados e deixa livre de pena comportamentos gravíssimos e socialmente onerosos, como, por exemplo, a criminalidade econômica, só porque seus autores pertencem a classe hegemônica e por isso devem ficar imunes ao processo de criminalização”.

¹¹ Para Baratta (2002, p. 215), a criminologia tradicional etiológica tem por natureza “uma função imediata e diretamente *auxiliar*, em relação ao sistema penal existente e à política criminal oficial. Seu universo de referência e seu horizonte de ação lhe são impostos, sempre, pelo sistema penal existente. É por isso que está obrigada a tomar emprestado o sistema penal a definição de seu próprio objeto de investigação: a ‘criminalidade’, enquanto definida pelas normas e as estatísticas, os ‘criminosos’ como indivíduos selecionados e estigmatizados (e, assim disponíveis para a observação clínica) através da instituição da prisão”. A criminologia crítica, na visão do autor, não tem a tarefa de realizar as receitas da política criminal, ao contrário, visa examinar cientificamente a origem do sistema, sua estrutura, seus mecanismos de seleção, suas funções, seus custos econômicos e sociais

ponto central da questão, elenca alguns fatores pelos quais os crimes do colarinho branco são poucos perseguidos pelo sistema penal:

Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as infrações típicas dos extratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio ou de exercer pressões sobre os denunciados etc.

Também não se pode falar em co-culpabilidade sem passar pela teoria da anomia, cuja teoria, segundo Medici (2010, p. 260), encontra-se inserida no grupo das teorias criminológicas designadas como funcionalistas, onde se considera a sociedade com um todo orgânico que possui uma articulação interna. Destarte, parte do pressuposto de que os indivíduos que compõem a sociedade partilham os mesmos objetivos, mas os mecanismos de acesso a estes não são igualmente disponibilizados, o que explica o compartilhamento de responsabilidade.

O primeiro a se reportar sobre a anomia¹² foi o sociólogo francês Émile Durkheim nas obras, *O Suicídio* e *A Divisão do Trabalho*

com o escopo de aquilatar o tipo de resposta que está em condições de oferecer e que efetivamente oferece aos problemas sociais reais.

¹² A expressão *anomia* tem origem grega a + nomos: “a” significa ausência, falta, privação e “nomos” significa norma, lei. Por lógica de raciocínio vem a ser a falta de lei ou ausência de norma de conduta. Outro similar significado: estado de falta de objetivos e perda de identidade, provocado pelas intensas transformações ocorrentes no mundo ocidental moderno e a partir do surgimento do capitalismo há um brusco rompimento com valores tradicionais ligados à concepção religiosa e a modernidade através do processo de mudança não oferece novos valores que preencham os demolidos, acarretando uma espécie de vazio no cotidiano de muitos indivíduos, ou seja, um sentimento de “estar à deriva” participando inconscientemente dos processos coletivos/sociais. (Disponível em: www.wapedia.mobi/pt/Anomia. Acesso em: 6 jul. 2010).

Social. Na primeira, procura mostrar que algo na sociedade não está funcionando de forma harmônica e, sim, de forma patológica, anomicamente. Mostra que os fatores sociais, especialmente da sociedade moderna, exercem grande influência sobre a vida dos indivíduos com comportamento suicida.

Na segunda, procura demonstrar que a divisão do trabalho é uma forma de coesão social, de solidariedade orgânica, crescendo o grau de consciência coletiva numa sociedade moderna caracterizada pela especialização de função, formando subgrupos e consecutivamente perdendo o sentimento global de grupo e solidariedade (solidariedade grupal). Para o sociólogo, a sociedade deverá ser dotada de solidariedade, consciência coletiva e regras morais, sem as quais haverá uma anomia da divisão do trabalho. As obras, embora escritas há mais de um século, continuam atuais diante de uma sociedade moderna cada vez mais especializada.

Para Durkheim, o crime é um fato social e como tal, uma manifestação de desregulamento social é fruto de estimulação dos desejos decorrentes da modernização. A anomia significa um branco, uma falta, e devido ao seu não preenchimento de forma lícita, estimula o instinto do homem de preenchê-lo de qualquer maneira, inclusive ilicitamente em face dessa modernização que aumenta a variedade de bens de consumo que nem sempre são disponíveis a todos. A anomia é, então, a distância entre o crescimento de bens disponíveis e a evolução dos desejos do homem. (BIROL, 2010, p. 3).

A teoria foi posteriormente desenvolvida pelo sociólogo americano Robert Merton, com ênfase ao artigo redigido em 1938, intitulado “*Social Structure and Anomie*”, que se transformou na obra *Teoria e Estrutura Sociais* (teoria da anomia institucional) – um grande passo para a sociologia criminal contemporânea - na qual mostra que as estruturas cultural e social estão em conflito¹³, trazendo relevantes contribuições para o estudo da formação do delinquente, pois a motivação para delinquência decorreria da impos-

¹³ Para Medici (2010, p. 261), por estrutura cultural deve-se entender o conjunto de valores e os fins que orientam a sociedade. Por estrutura social, as relações sociais e os meios legítimos disponibilizados ao indivíduo para alcançar os objetivos eleitos.

sibilidade de o indivíduo atingir as metas desejadas por ele, como o sucesso econômico.

O marco teórico funda em metas sociais e meios para alcançá-las: as metas sociais são de interesses de todos os cidadãos, mas são poucos os que conseguem atingi-las, pois os meios institucionalizados são escassos, porquanto atingíveis eficazmente por uma pequena e seleta parcela da sociedade, fenômeno que acarreta o desequilíbrio social, gerando a anomia e por corolário o comportamento desviado do indivíduo, o qual buscará outros meios, mesmo que contrários aos interesses da sociedade (meios ilícitos) para alcançá-los. A criminalidade, então, seria o resultado da distância entre o desejo de vencer na vida e os meios disponíveis para vencer na vida, como educação, saúde, trabalho, lazer etc.

Segundo Baratta (2002, p. 59), a teoria estrutural funcionalista da anomia e da criminalidade constantes das obras dos teóricos suso mencionados representa a virada em direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea. Acrescenta que:

Constitui a primeira alternativa clássica à concepção dos caracteres diferenciais biopsicológicos do delinquente e, por consequência, à variante positivista do princípio do bem e do mal. Nesse sentido a teoria funcionalista da anomia se situa na origem de uma profunda revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracteriológica, na origem de uma direção alternativa que caracteriza todas as teorias criminológicas, ainda que a maioria dessas compartilhe com a criminologia positivista a concepção da criminologia como pesquisa das causas da criminalidade.

Nas lições de Hassemer e Muñoz Conde (apud MEDICI, 2010, p. 261) o pensamento de Merton permanece atual, na medida em que:

Enquanto as metas propostas pela estrutura social (o êxito econômico) atraem com igual força a todos, a estrutura social distribui os meios social-

mente reconhecidos para a obtenção de tais metas (um trabalho honrado) de modo seletivo. Alguns dispõem de uma quantidade de meios que podem alcançar sem esforço as metas sociais estabelecidas, enquanto que outros são levados ao fracasso necessariamente, uma vez que os meios que estão ao seu alcance não são eficazes.

A partir das noções da teoria esposada, firma-se o entendimento de que o princípio da igualdade material até os dias atuais é vilipendiado. Ora, o Estado brasileiro imbuído do ideário democrático consagra em sua Constituição a igualdade de todos perante a lei, a que a doutrina denominou de igualdade formal, plasmada na identidade de direitos e deveres concedidos aos cidadãos através dos textos legais. Todavia, há muito se aponta para a insuficiência de considerar o princípio da igualdade numa perspectiva meramente formal. Isto porque a noção de igualdade pressupõe a constatação das diferenças. E, tratar igual o que em essência é diverso, na verdade, é tratar diferente. (MOREIRA, 2010, p. 2).

Para Sarlet (2001, p. 89), o princípio da igualdade está ancorado na dignidade da pessoa humana, razão pela qual a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade de direitos, o que leva a sustentar ser defesa a prática de tratamento discriminatório e arbitrário sob a dupla dimensão formal e material. A dimensão material consiste na concessão de oportunidade que deve ser oferecida igualitariamente a todo e qualquer cidadão, o que na prática não ocorre¹⁴, pois fora do plano real. Trata-se de uma

¹⁴ Apenas um exemplo: Foi publicado na Revista ISTOÉ, n. 1884, de 23.11.2005, p. 32-34, parte do Relatório de Desenvolvimento Humano no Brasil 2005 – Racismo, pobreza e violência – do programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, lançado na cidade de São Paulo. O relatório revelou um país racista que matém os negros na exclusão social. Concluiu que em todas as áreas do desenvolvimento humano: renda, educação, saúde, emprego, habitação e violência, os negros estão em situação desfavorável. Em que pese mais de 100 anos de exclusão, permanecem como sendo as maiores vítimas da desigualdade sócio-econômica. Sob o aspecto de renda, a desigualdade de mostra latente e agressiva. Ao longo das duas últimas décadas do século XX, a renda *per capita* dos negros representou apenas 40% da dos brancos. Os brancos em 1980 ainda tinham uma renda 110% mais alta do que a dos negros no ano de 2000. Na seara do trabalho, o relatório revelou que apenas 1,8% dos negros alcançaram cargos executivos nas 500 maiores empresas do país. (GUIMARÃES, 2006, p. 88).

dimensão simbólica que não ultrapassa o plano da fantasia, do romantismo. Mangabeira (apud PINTO, 1983, p. 771), tocando no cerne da questão, tece a seguinte crítica:

A igualdade perante a lei não basta para resolver as contradições criadas pela produção capitalista. O essencial é igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana. E para igual oportunidade é preciso igual condição. Igual oportunidade e igual condição entre homens desiguais pela capacidade pessoal de ação e direção. Porque a igualdade social não importa nem pressupõe um nivelamento entre homens naturalmente desiguais. O que a Lei estabelece é a supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza, numa sociedade em que o trabalho é social, e consequentemente social a produção, mas o lucro é individual e pertence exclusivamente a alguns.

Na mesma esteira de raciocínio extraem das lições de Carvalho (2002, p. 67), quando se reporta às diretrizes de Zaffaroni: “Reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação”.

O princípio da igualdade guarda íntima relação com a liberdade individual. A aferição das desigualdades fáticas, no concernente às condições e oportunidades reais de vida, tem direta implicação no âmbito de liberdade que o ator social desfruta. E, para consecução da liberdade fática, é necessária a efetivação da igualdade real de oportunidades sociais. O indivíduo conta com maior ou menor grau de liberdade na medida e proporção das oportunidades sociais, das possibilidades de escolha, de alternativas que se lhe apresentem.

Este fenômeno está associado à prática de pequenos delitos sem violência, como o crime de furto¹⁵.

Tem razão Moreira (2010, p. 3) ao aduzir que:

O delito é um produto do sujeito situado em seu contexto social, e que recebe orientação do quadro de valores sob os quais atua. Assim, o sujeito deve ser tomado em todas as suas dimensões, como pessoa individual e como pessoa situada num determinado contexto. E, se ao indivíduo não fora conferido espaço social, a faculdade de participar com seus semelhantes dos pressupostos mínimos de dignidade, restaria prejudicada sua capacidade de motivação, de agir conforme aos comandos normativos, influyendo tal aspecto na mensuração do juízo de reprovação individual, de modo a reduzi-lo. Haveria uma *mea culpa* da sociedade, que sonegou ao indivíduo oportunidades para desvio da criminalidade.

Nesse viés, o Estado brasileiro, como o ente diretamente responsável em promover políticas públicas no campo social com vistas a garantir a qualquer cidadão o mínimo indispensável para a sua sobrevivência com dignidade, não vem cumprido a sua missão no que tange à efetividade dos direitos consagrados no art. 6º da Carta Magna, o que contribui, iniludivelmente, para o acréscimo de delitos contra o patrimônio praticados sem violência à pessoa, o que tem levado alguns atores jurídicos, através de política criminal saudável, socorrer do princípio da insignificância quando o caso concreto requer e, assim, retirar

¹⁵ Oportuno trazer à baila as palavras de Perelman (2000, p. 76): “A passagem da igualdade formal para a igualdade real se manifestará, em direito penal, pela teoria da individualização da pena, que leva em conta, na repressão, a individualidade do delincente. Em vez de atentar apenas aos elementos objetivos de uma infração, insistir-se-á nos elementos subjetivos; o que, necessitando de uma medida individualizada, redundará em penas desiguais, mesmo para co-autores de um mesmo delito. A Corte de Cassação da Bélgica aprovou esse modo de agir ao rejeitar vários recursos que pretendiam que o juiz havia violado o art. 6º da Constituição belga, que garante a todos os belgas a igualdade perante a lei, porque havia tratado diferentemente dois homens que haviam cometido um mesmo delito”.

do sistema penal, que é seletivo e estigmatizante por excelência, agentes desprovidos de direitos sociais mínimos.

Porém, quando não comportar a insignificância por não se tratar de delito bagatela, percebe-se que raramente o caso concreto é analisado pela ótica criminológica de uma circunstância relevante com vistas a aplicar a culpabilidade compartilhada como uma atenuante inominada.

Convém registrar que não se quer afirmar que a omissão ou insuficiência de prestações de direitos fundamentais sociais por parte do Estado, por si só, conduz à prática de crimes desse quilate, ou ao falso pressuposto de que o fenômeno da criminalidade não tem relação direta com a miséria social, mas não se pode negar que tal omissão ou insuficiência é decisiva para tal processo, os efeitos são reais.

E, assim, a partir do momento em que o Estado não cumpre o seu papel na área social com a dignidade que seu povo merece, não disponibilizando a todos os meios para alcançar as metas de interesse geral (trabalho, saúde, moradia, educação etc), sendo alcançadas apenas por uma pequena parcela da sociedade, a responsabilidade penal poderá ser perfeitamente mitigada, presente o princípio da co-culpabilidade ou culpabilidade compartilhada¹⁶. Essa visão criminológica tem levado vários países a prever expressamente em seus diplomas penais que as carências sociais podem ser levadas em consideração para atenuar a pena¹⁷.

Assim, as oportunidades/meios de granjear direitos sociais em nosso país continuam a ser para poucos em detrimento da maioria da população, razão pela qual não poderá o imputado ser o único responsável pela conduta punível para a qual a sociedade contribuiu, mormente

¹⁶ Para Zaffaroni, Alargia e Slokar (2002, p. 656), “a co-culpabilidade se funda na constatação de que, se nenhuma sociedade apresenta mobilidade vertical, a ponto de oportunizar a todos os seus integrantes o mesmo espaço social, o juízo de reprovação penal deve adequar-se, em cada caso, ao espaço social conferido ao indivíduo”. Acresça-se que alguns doutrinadores têm apregoadado que o conceito de co-culpabilidade é uma ideia introduzida pelo Direito Penal socialista.

¹⁷ Código Penal Boliviano: “Art. 40 – (Atenuantes Generales) Podrá también atenuarse la pena: 4 – Cuando El agente sea um indígena carente de instrucción y se pueda comprobar sua ignorancia de La ley”. “Código Penal Peruano: Art. 45 – El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener em cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; 2. Su cultura u sus costumbres”.

quando se está diante de crime contra o patrimônio sem violência, devendo, pois, ser compartilhada com a sociedade e o Estado.

Insta acentuar que a culpabilidade compartilhada¹⁸ é timidamente aplicada com base do art. 66 do Código Penal. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, magistrado no Rio Grande do Sul, reconheceu que o Estado, a quem a sociedade incumbiu a consecução de dados fins, no exercício do *jus puniendi*, deveria ter em conta sua falha, enquanto representante da sociedade, ao não propiciar ao indivíduo alternativas e perspectivas que não o investimento na criminalidade. Transcreve-se parte da aludida sentença:

Ocorre, todavia, e ninguém desconhece, que a própria sociedade, pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde e bem-estar geral. [...] No caso de Genézio, todavia, devemos reconhecer que o Estado falhou e falhou especificamente no cumprimento das regras estabelecidas nos artigos 112 e 121 do E.C.A., restringindo ainda mais o espaço social no qual o acusado encontra-se situado, espaço este que lhe oferece poucas opções distintas do investimento na criminalidade. [...] Creio que nas circunstâncias o juízo e reprovação social devem ser divididos entre a censura ao agente delinquente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permite o artigo 66 do Código Penal¹⁹.

Destaca-se, ainda, excerto do voto do Desembargador gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, na Apelação Criminal nº. 700022500371/2001, *verbis*:

¹⁸ Observa-se que a co-culpabilidade como circunstância atenuante poderá ser extraída também do artigo 14, inciso I, da Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, que possui a seguinte redação: “São circunstâncias que atenuam a pena: baixo grau de instrução ou escolaridade do agente”.

¹⁹ Disponível em: www.direitosfundamentais.com.br. Acesso em: 15 abr. 2010.

Entretanto, pela espécie de delito praticado (roubo de tênis, camiseta, relógio e boné), verifica-se evidente influência do sistema de desigualdades sociais vigente em nosso país, que, ao mesmo tempo em que marginaliza parcela da população, estimula o consumo desenfreado para todos, mesmo para aqueles alijados das relações de consumo pelo pouco pode aquisitivo. Isto estimula a disputa por bens da moda e acirra o confronto de classes sociais. Nota-se que esse apelo consumista atinge notadamente os adolescentes (que é o caso dos autos, embota penalmente imputável, tinha apenas 19 anos quando do fato, sendo ainda adolescente), portanto não se pode usar o maniqueísmo e imputar totalmente aos agentes a responsabilidade por essa conduta punível, para a qual toda a sociedade contribui (e justamente por isso – toda a sociedade é responsável, e não o indivíduo em particular [...]). (CARVALHO, 2003, p. 86).

O fator social, dessarte, não pode ser descurado quando da dissimetria da pena no caso concreto, não olvidando que a redação do art. 187 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 10.792/2003, tem relação estreita com o princípio em alusão, ao dividir o interrogatório em duas partes, merecendo destaque o disposto no seu primeiro parágrafo²⁰, que exige do magistrado realizar questionamentos sobre a história de vida pessoal, social e econômica do acusado, permitindo aplicar a pena em concreto de maneira mais individualizada possível.

Para tanto, deverá o magistrado identificar uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O

²⁰ Art. 187 do CPP – O interrogatório será constituído em duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos: § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

princípio é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, *plus* normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos dos direitos sociais, econômicos e culturais. (CARVALHO, 2003, p. 69).

4 ATENUANTE INOMINADA PREVISTA NO ART. 66 DO CP: COMPENSAÇÃO DE NATUREZA PENAL EM FACE DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui [...] a lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo se dilata indevidamente. Aury Lopes Jr.

4.1 O princípio constitucional da duração razoável do processo

A primeira preocupação com a celeridade dos julgamentos deu-se no ano de 1791. A VI Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América assegura o direito a um julgamento público e rápido como uma das garantias explícitas do *due process of law*. No âmbito das declarações internacionais de direitos, o primeiro documento a lançar mão de tal garantia foi a Convenção Européia dos Direitos do Homem, conhecida como Convenção de Roma, subscrita em 04 de novembro de 1950. Em seguida o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Destaca-se, ainda, a Convenção América sobre os Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, ratificada pelo Brasil no ano de 1992.

Ora, se o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica desde o ano de 1992, é fácil afirmar que desde este ano nada impediria a

sua aplicação antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004²¹, que o consagrou expressamente como um direito fundamental, cômico de que a interpretação das normas que se deve fazer é da Lei Fundamental para os Códigos Penal e Processo Penal e não vice-versa. Nesse sentido, Lopes Jr. (2005, p. 42) assevera que: “O Código de Processo Penal não pode mais ser lido de forma desvinculada do texto constitucional. É o Código de Processo que deve ser lido à luz da Constituição, e não ao contrário, como querem alguns paleo positivistas, que restringem a eficácia garantista da Constituição para fazer com que esta entre na sistemática autoritária e superada do nosso CPP”.

Dois curiosidades merecem registro: a primeira é que a inserção do princípio da duração razoável do processo no ordenamento jurídico nacional possui uma grande vantagem em relação aos Tratados Internacionais, uma vez que a dilação indevida não se restringe ao âmbito judicial, pois extensivos aos processos administrativos. A segunda consiste na decisão do Supremo Tribunal Federal ao determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de *habeas corpus* dentro de um prazo razoável, se entender que o prazo para o seu julgamento ultrapassa os limites da razoabilidade.²²

²¹ A propósito, vale registrar que na data de 03 de dezembro de 2008, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em HC 87.585-TO e RE 466.343-SP - decisão histórica e de suma importância - reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Duas correntes estavam em pauta: a do Min. Gilmar Mendes, que sustentava o valor *supralegal* desses tratados, e a do Min. Celso de Mello, que lhes conferia valor *constitucional*. Por cinco votos a quatro venceu a primeira tese. Filia-se à tese vencida, citando o entendimento de Mazzuoli (2009, p. 13) que sustenta que os tratados de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, §3º, da Constituição Federal não seriam supralegais (posição do STF é que seriam) e, sim, de patamar constitucional. Os tratados não relacionados com os direitos humanos não possuem valor legal (STF entende que possui) e, sim, supralegais, com fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969. Mazzuoli (2009, p. 135) defende uma tese interessantíssima: o *controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. É que a partir do momento em que os tratados de direitos humanos são aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, §3º, da Lei Maior e passam a ter vigor no plano interno após sua ratificação, são consideradas *normas formalmente constitucionais*, o que garante ser paradigma de *controle concentrado de convencionalidade*. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, possuem *status de norma materialmente constitucional*, sujeita ao *controle difuso de convencionalidade*.

²² STF: “O direito a razoável duração do processo, do ângulo do indivíduo transmuda-se em tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito, esse, a que corresponde o

Por uma interpretação extensiva à luz do Direito Processual Penal garantista, o princípio também não se limita em assegurar ao imputado o direito à liberdade nos casos em que esteja preso por um tempo irrazoável à espera de julgamento²³. Sua finalidade é mais abrangente, pois prima em assegurar o direito de ser julgado nas instâncias judiciais dentro de um tempo razoável, tolerável, e não ficar à espera de uma decisão ao talante do Estado-juiz. Por isso, a razoabilidade é um referencial ao controle do abuso pelo poder estatal, habilitando-se em situações de irracionalidade.

Nessa senda, destacam-se as palavras da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi, em artigo intitulado, “A responsabilidade do Estado pela violação do direito à Justiça num prazo razoável”, ao aduzir que: “O direito à Justiça compreende não só a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão, mas, principalmente, a entrega da prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável”²⁴.

Imperioso consignar que a Comissão Internacional de Direitos Humanos, em julgamento do caso brasileiro, Diniz Bento da Silva (caso nº. 11.517 – relatório nº.111/01), decidiu que os critérios a serem adotados para aferição da dilação indevida do julgamento de determinado caso concreto são os três definidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a denominada teoria dos três critérios: complexidade do caso, atividade processual do acusado e conduta das autoridades judiciais, os quais poderão ser aproveitados para os julgamentos das ações penais de âmbito nacional, respeitando as particularidades do ordenamento jurídico patricio.

dever estatal de julgar. No *habeas corpus*, o dever de decidir se marca por um tónus de presteza máxima. Assiste ao Supremo Tribunal Federal determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de *habeas corpus*, se entender irrazoável a demora no julgamento ... Ordem concedida, para que a autoridade impetrada apresente em mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, o *writ* ali ajuizado”. (STF, HC nº. 91.041-6/PE, 1ª T., Rel. Min. Carmem Lúcia. Rel. p/ac. Min. Carlos Brito, j. 05.06. 2007).

²³ Para Lopes Jr. e Badaró (2009, p. 6) a dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado estiver solto, pois mesmo livre do cárcere está sujeito ao estigma e à angústia que o processo penal acarreta. Acrescenta que quando isso acontece o Estado apossa-se ilegalmente do tempo do particular de forma dolorosa e irresistível, mesmo quando solto, posto que o processo em si mesmo é uma pena.

²⁴ Disponível em: <http://dgjur.stj.gov.br>. Acesso em: 10.05.07.

4.2 Violação do princípio da duração razoável do processo como circunstância relevante para aplicação da atenuante genérica. A compensação de natureza penal

É cediço que aquele que se submete ao processo penal sofre as mazelas do sistema antes e durante a resposta final, agravado quando a duração excede ao razoável. Carnelutt (apud LOPES JR.; BADA-RÓ, 2009, p. 54) aduz que “as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em situação absolutamente análoga ao de condenado [...]”. No mesmo sentido, Silva (2000, p. 79-80): “Converte-se, frequentemente, num sofrimento para o próprio arguido, porque a incerteza da decisão e a ameaça da pena que sobre ele paira pode significar, e frequentemente significa, o condicionamento de sua vida pessoal e profissional e até mesmo sua liberdade, em razão da sujeição a medidas de coação”.

Diante de tais asserções, assiste razão a Bedê Júnior e Senna (2009, p. 255-256) ao sustentarem que um processo penal sem dilações também é um direito – e um interesse – não apenas do ofendido, porque quanto mais cedo o provimento final, mais cedo terminará o seu drama, quase sempre esquecido nos processos criminais e, assim, retome à sociedade que lhe fez justiça e sepulta o sentimento de impunidade por parte da coletividade, gerando confiança, credibilidade e solidariedade em relação ao Poder Judiciário. E, assim, o interesse do Estado em um processo sem dilações indevidas, que é um dever que lhe cabe, reside nessa credibilidade aos jurisdicionados, diminuindo a sensação de impunidade e o descrédito em relação a todos os órgãos responsáveis pelo funcionamento do sistema.

Destarte, a ineficiência do aparelho judicial de prestar o provimento final dentro de um prazo razoável poderá ensejar uma solução compensatória de natureza penal²⁵, qual seja, a atenuante inominada

²⁵ Existe solução compensatória de natureza civil, a exemplo do erro judiciário que tem previsão constitucional no inciso LXXV do art. 5º: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. O Código de Processo Penal, ao disciplinar a revisão criminal, prevê em seu art. 630 a possibilidade de o interessado requerer ao tribunal uma indenização pelos danos sofridos: “O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”. Há

prevista no art. 66 da Lei Substantiva penal, que assim prescreve: “A pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Ora, a espera do julgamento do processo penal sem complexidade ou outro motivo que não justifique o tempo de seu adormecimento, levando em consideração o caráter penoso, ameaçador e desgastante que oferece, uma espécie de pena antecipada à de pano de fundo, é, iniludivelmente, uma circunstância relevante que atende ao requisito inserto no aludido artigo.

Essa medida, infelizmente, ainda é muito tímida de aplicação na Justiça Criminal doméstica. A primeira decisão nesse sentido que se tem notícia foi proferida pela 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2003, ao aplicar a atenuante inominada com uma solução compensatória de natureza penal por violação do multicitado princípio no crime de estupro, *verbis*:

Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento de pena. Atenuante inominada do art. 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provisão parcial. Unânime. (5ª Câm.TJRS, Ap. nº. 70007100902, Rel. Des. Luis Gonzaga da Silva Moura, j. 17/12/2003)²⁶.

doutrinadores que sustentam que a compensação de natureza cível de indenização não decorre exclusivamente de condenação penal erroneamente proferida, como, também, quando se está diante da violação do princípio constitucional da duração razoável do processo, que é um direito do imputado, dever do Estado e interesse da coletividade.

²⁶ A 5ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que se afigura ser um Tribunal vanguardista, redimensionou a pena considerando, entre outros fatores, a dilação indevida, reduzindo a pena para um quantitativo inferior ao mínimo legal, desprezando a Súmula 231 do STJ, de 17 anos para 08 anos de reclusão.

Ponderou o relator que:

A excessiva duração da demanda penal como na espécie presente, por culpa exclusiva do aparelho judicial, viola direito fundamental do homem – o de ter um julgamento rápido (art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia), pelo que tal situação deve ser valorada no momento da individualização da pena. Aliás, já há na jurisprudência europeia decisões no sentido de atenuar o apenamento em razão da exorbitante duração do processo criminal. Dois, se a pena têm na prevenção e retribuição seus objetivos, é de se concluir que, na hipótese, a finalidade preventiva restou atendida só pelo moroso tramitar da lide – sem sentido de falar em prevenção de novos delitos, quando, durante os quase oito anos de ‘andamento’ do processo, evidente que, em respeito ao princípio da proporcionalidade e necessidade, tal deve refletir na definição do apenamento a ser imposto pelo acusado.

O caso concreto em destaque merece aplauso, pois decidido antes da vigência da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que consagrou o princípio da duração razoável do processo como uma espécie de direito fundamental, o que comprova a asserção de que a violação já vinha sendo reparada como uma forma de solução compensatória de natureza penal, embora de forma muito restrita.

O mesmo Tribunal, através da 6ª Câmara Criminal, ao julgar a apelação nº. 7001946498, no ano de 2007, de relatoria do Des. Nereu José Giacomolli, absolveu o acusado da imputação de crime de roubo, entre outros fundamentos, por violação do direito de ser julgado dentro de um prazo razoável, *litteram*:

“ROUBO. TRANSCURSO DE MAIS DE SEIS ANOS ENTRE O FATO E A SENTENÇA. PROCESSO SIMPLES EM COMPLEXIDADE. ABSOLUÇÃO. 1. O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do

processo e influi na solução final. Fato e denúncia ocorridos há quase sete anos. O processo, entre o recebimento da denúncia e a sentença demorou mais de cinco anos. Somente a intimação do Ministério Público da sentença condenatória tardou quase de cinco meses. Aplicação do art. 5º, LXXVIII. Processo sem complexidade a justificar a demora estatal. 2. Vítima e réu conhecidos; réu que pede perdão à vítima, já na fase policial; réu, vítima e testemunhas que não mais se lembram dos fatos”.

Quanto à compensação por violação da multicitada garantia, extraem-se duas correntes. A primeira sustenta que a compensação seria revestida na nulidade do processo. A segunda sustenta ser cabível a aplicação da atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal.

Filia-se a segunda corrente, pois se comunga com o entendimento de Lopes Jr. e Badaró (2009, p. 121) quando aduzem que a nulidade do processo ou de atos processuais não pode transformar-se automaticamente num pronunciamento absolutório, o que poderia dar ensejo a uma reprodução do processo ou dos atos afetados, o que originaria maiores problemas e demandaria mais tempo. Ademais, tem consonância com a teoria do garantismo penal integral ou proporcional²⁷, cuja teoria propõe a existência de equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais individuais e os interesses e bens jurídicos da sociedade, os quais também possuem dignidade constitucional e por isso merecem proteção.

Vale dizer que o garantismo penal não se resume na defesa exclusiva dos direitos fundamentais individuais, pois deve ser ele integral, de modo a evitar o desequilíbrio. Impende insistir que se defende com

²⁷ O modelo garantista de Ferrajoli inclui dez princípios fundamentais de limitação do poder estatal relacionados à pena, ao delito e ao processo: 1) princípio da retributividade e da sucessividade da pena em relação ao delito cometido; 2) princípio da legalidade em sentido amplo e em sentido restrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou ofensividade; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdicionalidade; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do encargo da prova; 10) princípio do contraditório.

veemência os direitos e garantias fundamentais assegurados ao agente delituoso, impedindo excesso por parte do Estado²⁸, mas não se pode descuidar que os interesses e direitos fundamentais da sociedade, notadamente os sociais, a exemplo da segurança pública com qualidade, também devem ser tutelados pelo Estado. É como bem expressou Fischer (2010, p. 48):

O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de alguns deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos *fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo penal hiperbólico monoclar*: evidencia-se desproporcionalidade (hiperbólico) e de forma *isolada* (monoclar) a necessidade de proteção *apenas dos direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, *não é e nunca foi* o propósito único do *garantismo penal integral*.

Portanto, a atenuante inominada²⁹ deveria ser aplicada pelo magistrado com mais frequência como forma de compensação pelo castigo antecipado que o acusado sofreu no cárcere ou fora dele ao ser subme-

²⁸ O princípio da proporcionalidade possui dois vieses: o da proibição do excesso (garantismo negativo) e o da proibição de proteção deficiente, o que a doutrina doméstica vem entendendo ser o garantismo positivo. Para Streck (2010, p. 3), não se pode apenas tratar de direitos individuais, mas destes a partir de um processo em que se agregam os direitos de segunda e terceira dimensões. Nesse contexto, o papel do Estado passará a ser de proteger, de forma agregada, a esse conjunto de dimensões de direitos. É o que Alexandro Baratta denominou de *política integral de proteção dos direitos*, o que significa definir o garantismo não somente no sentido negativo como limite do sistema positivo, senão, também, o garantismo positivo.

²⁹ Alguns doutrinadores a denominam de *atenuante de clemência*, pelo fato de ficar ao alvedrio do julgador a indulgência de acolhê-la. A uma leitura despercebida, o termo tem um significado preconceituoso, estigmatizante, deixando entrever que o imputado é carecedor de direitos.

tido a um processo penal por tempo irrazoável sem solução definitiva. Consiste, pois, de eliminar o *plus* sancionador que a demora do processo sempre traz. E, a partir do momento em que a punição for aplicada dentro de um prazo razoável restará a proteção da própria sociedade e por corolário a confiança do cidadão nas instituições envolvidas.

4.3 Possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal em face de atenuante inominada. O princípio da individualização da pena

A função do art. 59 da Lei Substantiva Penal é fornecer ao juiz parâmetros para dimensionar a pena no exercício de seu poder discricionário, desde que atendidos os critérios objetivos e subjetivos lá elencados a saber: direito do acusado e dever do Estado-Juiz de exercer o poder punitivo sem excessos.

O procedimento de fixação da pena é regulado pelos princípios e regras constitucionais e legais previstos respectivamente no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, art. 387 do Código de Processo Penal e arts. 68 e 59 do Código Penal, os quais conduzem o magistrado à individualização na medida concreta, mas é neste último que se encontram os critérios norteadores de fixação da pena na primeira etapa do procedimento trifásico, dentro dos limites típicos do mínimo e do máximo da pena em abstrato.

Vale dizer que o juiz, quando da aplicação do disposto no art. 59 do Código Penal, não poderá fugir dos regramentos legais, estando a eles vinculado, devendo dosar a pena-base de acordo com o critério trifásico determinado pelo art. 68 do mesmo diploma legal, com esteio nas oito circunstâncias judiciais³⁰. É, como afirmou Luiz Luisi (apud

³⁰ Barreiros (2010, p. 2), citando a doutrina de Roberto Bitencourt: “Essas circunstâncias estão além dos elementos essenciais à constituição do tipo, sem os quais a figura típica não se completa. Elas são, na verdade, elementos acidentais que, embora não alterem a constituição ou existência do tipo penal, influem na dosagem da pena. Bitencourt acrescenta ao seu pensamento a doutrina de Aníbal Bruno, que conceitua as circunstâncias judiciais como “condição acessória, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos”. Assim, elas podem ser entendidas como elementos externos ao tipo penal, mas capazes de acrescentar ao delito praticado uma maior ou menor reprovabilidade”.

NUCCI, 2008, p. 388): “É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma discricionariedade juridicamente vinculada”.

Embora o entendimento majoritário seja no sentido de que a pena cominada deva incidir entre a mínima e a máxima prevista no tipo penal após a análise das atenuantes, chegando tal entendimento a ser sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça através da súmula nº. 231 – editada no ano de 2000, com herança do Código Penal de 1940 - que possui o seguinte teor: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, acredita-se ser possível quando fixada em harmonia com o princípio da individualização da pena³¹.

O impedimento está ancorado no princípio da legalidade e reside em que a incidência de atenuante poderá reduzir a pena abaixo do mínimo a determinado tipo, então poderá a agravante ser majorada acima do máximo, o que se afigura equivocado, tendo em vista que, no Direito Penal, notadamente após a Constituição Federal vigente, rechaça terminantemente a interpretação *in malam partem*. No mesmo sentido, Carvalho (2003, p. 71), ao adscrever que:

Mas o argumento sério dos tradicionalistas é que se a atenuante pode vir abaixo do mínimo, logo, agravante pode ir além. Erro. No particular, ante a omissão do quantitativo, a atenuar e a diminuir, aplicam-se princípios análogos. E, em geral, a analogia só pode favorecer o réu. E o limite é bem fixado por via aplicação análoga do art. 21; §1º do art. 29; §1º do art. 121; e §4º do art. 129, todos do CP: máximo a diminuir um terço da pena.

³¹ A individualização da pena é exigência do Código Penal, com assento na Constituição da República. Cumpre ao magistrado ponderar os requisitos mínimos do art. 59 do Código Penal. Em seguida, a pena-base, considerará circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, causa de aumento ou diminuição. A sentença será fundamentada, exigindo-se, como tal, explicação dos fatos, de modo que se reconheça como foram ponderados. (HC n. 0895 – MG, 6ª T. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 1º. 04.1991, p. 3.427).

Para tanto, deverá ser aplicado o princípio da individualização da pena. Por tal princípio a decisão deve corresponder às características do fato e do agente, devendo existir adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito. Barros (1999, p. 291-295) aduz que “a pena deve dizer respeito à culpabilidade³², exteriorizada naquele fato concreto, pois no estado de direito o fato se resume a um fragmento estritamente delimitado da vida do autor e não pode implicar em uma liquidação geral de contas. Em suma, a pena não pode ser aumentada por razões que não dizem respeito à culpabilidade exteriorizada no fato”.

Já se tem assentado neste articulado que o julgamento de uma ação penal fora de um tempo razoável é uma circunstância relevante que deve ser uma atenuante inominada com vistas a reduzir a pena cominada, podendo, sim, ser reduzida abaixo do mínimo previsto ao tipo

³² Oportuno transcrever excertos do parecer do Eminente procurador de Justiça de Santa Catarina, Nelson Ferraz, quanto à culpabilidade. “O conceito de culpabilidade, para os modernos autores italianos, tem por critério de sua individualização a capacidade de delinquir. Na análise da capacidade de delinquir são levados em consideração os aspectos da personalidade ligados à execução do fato criminoso. Têm-se, assim, um progresso sobre o Código de 1940 no tocante à individualização da pena, pois, enquanto o revogado artigo 42 do Código Penal limitava-se ao exame da intensidade do dolo ou grau da culpa da ação em si mesma, o atual artigo 59 permite, e até exige, que o exame da ação criminosa venha ligado ao seu autor, e enquadrado na órbita de sua personalidade, dado que, quanto mais a ação se identificar na expressão do seu autor, maior a culpabilidade (enquanto que, *contrario sensu*, quanto mais divorciada a ação estiver da personalidade do agente, menor a culpabilidade). Impende, aqui, todavia, advertir que a capacidade de delinquir, como pressuposto da culpabilidade, não vai ao ponto de se permitir a análise isolada de fatores da personalidade, dissociados do crime em exame. Como adverte Giuseppe Santaniello, através do componente capacidade de delinquir, não se deve considerar o prognóstico do cometimento de um delito futuro, mas apenas determinar a identidade de um fato cometido. Na realidade, se houvesse essa possibilidade de identificar a culpabilidade com fato diverso, futuro ou passado, estar-se-ia confundindo a culpabilidade com periculosidade, o que, como apropriadamente lembra Damásio, são coisas totalmente distintas. De igual, em se tratando de delitos culposos (culpa *stricto sensu*), a capacidade de delinquir também deverá ser examinada. Aqui, o exame se efetua na apreciação dos fatores da personalidade envolvidos com o desrespeito aos deveres de diligência do homem comum, que levem a um resultado previsível e lesivo. A culpabilidade, nestes casos, será aferida na consideração dos fatores da personalidade envolvidos no desrespeito às normas da conduta geradora do fato típico culposo. (Dosimetria da pena. *Ajuris*, n. 54, p. 135)”. Disponível em: www.geocities.com/~nelsonferraz/refer14.html. Acesso em: 27 out. 2009.

penal³³, pois se afigura que a violação de um julgamento dentro de um prazo tolerável tem assento constitucional e em Tratados e Convenções Internacionais que o Brasil é signatário, mormente aqueles afetos aos direitos humanos, patamar superior ao conteúdo da referida súmula, não olvidando que atende ao princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios³⁴.

Ademais, atende não apenas o princípio constitucional da individualização da pena, como, também, o da isonomia, de igual patamar constitucional. Assim, por exemplo, dois furtos de idênticas quantias de dinheiro por pessoas diferentes, sendo que para uma delas não há circunstâncias agravantes e nem atenuantes. Para a outra, presentes as atenuantes de ser menor de 21 anos, ter confessado o crime e ter utilizado o dinheiro para pagar parte do tratamento médico do filho (motivo de relevante de valor moral ou social). A pena-base no patamar mínimo é cogente em ambos os casos. Ora, se não for permitida a redução, passarão para a segunda fase da dosimetria (circunstâncias legais) com a mesma quantia fixada. A Consequência: duas pessoas com situações jurídicas diferentes terão tratamentos iguais (violação do princípio da isonomia) e a pena não será aplicada no grau de culpabilidade de cada um, individualmente (violação do princípio da individualização da pena).

³³ No antigo sistema bifásico a possibilidade diminuição da pena abaixo do mínimo era pouco discutida, tendo em vista que aquilo que não era causa de aumento ou diminuição de pena era usado para estabelecer a pena-base. No sistema atual (trifásico) o momento intermediário (as circunstâncias legais) gera a discussão quanto a sua possibilidade. (VARGAS; MOTTA, 2010, p. 3). No sentido da redução da atenuante abaixo do mínimo legal: RT, 702:329; RSTJ, 90:384; Miguel Loebmann, as atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal – Inteligência do art. 69 do Código Penal após a redação da Lei n. 7.209/84, RT, 647:388. Essa orientação conta com a adesão do Ministro Vicente Gernicchiaro (REsp 68.120, 6ª Turma do STJ, DJU 9.12.96, p. 49.296).

³⁴ A proporcionalidade possui três subprincípios: *Adequação* – A medida a ser aplicada deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se houver outra medida igualmente apta e menos onerosa para o imputado, devesse ela ser aplicada; *Necessidade* – A medida não deve exceder ao necessário para a realização do resultado que almeja. *Proporcionalidade em sentido estrito* – No sopesamento dos bens em jogo, o juiz deverá utilizar a lógica da ponderação. (LOPES JR.; BADARÓ, 2009, p. 55-56).

5 CONCLUSÃO

O ator jurídico não poderá ficar abraçado com a dogmática do Direito Penal através de seu sistema como é imposto a todos, legitimando-o de uma forma mecanizada. É imperioso interpretar essa ciência desvinculada do Direito Penal Máximo (movimento de lei e ordem, tolerância zero, direito penal do inimigo etc.) e de paradigmas que contrapõem às conquistas dos direitos humanos. É preciso lutar por um Direito Penal libertatório, interpretá-lo à luz dos princípios constitucionais, partindo da assertiva que a Constituição Federal tem natureza principiológica.

Assim sendo, não resta dúvida de que a tese aqui defendida, fundamentada na possibilidade dos princípios da co-culpabilidade e da duração razoável do processo poderem servir como atenuantes inominadas no caso concreto para reduzir a pena, inclusive abaixo do mínimo cominado ao tipo penal específico, deixará de ser uma possibilidade de rara aplicação na justiça penal doméstica, cômico de que outras formas de garantir direitos fundamentais ao agente e também à sociedade (garantismo penal integral) serão conquistadas a fim de se buscar um Direito Penal e Processual Penal efetivamente democráticos.

A criminologia, especialmente as teorias criminológicas críticas, deverá estar associada ao Direito Penal e a outras Ciências, posto que a aplicação de uma sanção não poderá ser dosada pelo magistrado puramente com base na violação de uma conduta tida como desviante, como se fosse uma máquina programada para somente punir de acordo com o programado pelo sistema penal, pois é imprescindível que faça uma análise dos acontecimentos históricos e sociais do agente dentro de uma sociedade plural e complexa, até porque o crime é um fenômeno natural da sociedade. Não se pode perder o norte de que esse importante ator jurídico é garantidor de direitos, um lúdimo juiz-garante.

O Código Penal brasileiro é recheado de inconstitucionalidade quando confrontado com a Constituição Federal dirigente, lembrando que a interpretação que se deve fazer é da Lei Maior para a lei ordinária e não em sentido contrário. Nesse desiderato, o ator do direito, cumprindo a sua missão constitucional-garantista e desvinculado da dogmática do Direito Penal, se tornará um descobridor dos sete mares em busca de reduzir as desigualdades entre os desiguais em todos os ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Comentários ao art. 59 do Código Penal. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 18 jul. 2010.

BARROS, Carmem Silva de. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 26, p. 291-295, abr./jun., 1999.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BIANCHINI, Alice. **A concepção minimalista do direito penal**. Disponível em: <<http://www.direitofba.net>>. Acesso em: 28 out. 2009.

BIROL, Alline Pedra Jorge. **Políticas públicas de prevenção da violência e a prevenção vitimária**. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de criminologia**. 4. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Paulo José da. **Direito penal: curso completo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FACHIM, Luis Edson; RUZKY, Carlos Eduardo Pianoursky. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil. Uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral**. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Bahia: Podivn, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 16. ed. Tradução por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal. Entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **A culpabilidade compartilhada e os direitos humanos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 6 jul. 2010.

GUIMARÃES, Justino da Silva. **A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas**. São Luís: Ampem, 2006.

_____. **Direito penal e processual garantista**. Das ideias à concretização. São Luís: Ampem, 2009.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V. 4.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAZZOCCO, Manuela. A criminologia crítica e a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº. 81.611-8. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MEDICI, Carolina Maria de Aquino. Sobre a necessidade do compartilhamento de responsabilidade; breve análise da teoria criminológica da anomia como base à utilização da co-culpabilidade enquanto atenuante inominada. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R.R (Org.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito. Homenagem ao professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. **Breves apontamentos acerca da noção de co-culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINTO, Ferreira Luís. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROCHA, Ruth. **Minidicionário**. São Paulo: Scipione, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000. v. 1.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 23, p. 67-80, jul./set. 1998.

STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. A inconstitucionalidade e ilegalidade da súmula 231 do STJ. Disponível em: <<http://www.buscalegis.cej.ufsc.br>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Desafios do direito penal na era da globalização. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 5, n. 106, p. 38, jun. 2001.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

JURISDIÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL PROPOSTA PARA UM SISTEMA HUMANITÁRIO DE EXECUÇÃO DA PENA

*José Antonio Callegari**

Resumo: Pretende-se analisar aspectos concretos da execução penal no Brasil diante de graves violações dos direitos humanos que são praticadas nos estabelecimentos prisionais. Os efeitos nocivos deste sistema afetam a população carcerária, os agentes que atuam no sistema e a população no entorno dos estabelecimentos prisionais. Percebendo isto, a ONU, no plano internacional, e o Conselho Nacional de Justiça, no plano interno, adotam medidas para humanizar a execução da pena como é o caso do Programa Começar de Novo. Considerando que a execução penal é um incidente do processo penal, justifica-se afirmar que o Poder Judiciário detém legitimidade para administrar a execução da pena, auxiliado pelo Ministério Público e Defensorias Públicas. Esta linha de investigação, pois, tem como objetivo indicar elementos que confirmem o caráter jurisdicional da execução penal.

Palavras-chave: Execução penal. Poder Judiciário. Direitos Humanos.

Abstract: The work is done to analyse concrete aspects of the criminal enforcement in Brazil because of serious violations of the human rights which are practiced in the prisional places. The harmful effects agents of the system affects the prisional population, the agents who act in the system and the population around the prisional places. Taking this into consideration, the ONU, in the international plan, and the Justice National Council, in the intern plane, adopt measurements to humanize the criminal enforcement as the case of Starting Again Program. It considering that the criminal enforcement is an incident of the penal process, it is justified to assume that the judiciary keeps legitimacy to manage the criminal enforcement, being helped by the Public Ministry and Public Defender. This way of investigation has an aim to indicate elements that confirm the jurisdirectional character of the criminal enforcement.

Keywords: Criminal enforcement. Judiciary. Human Rights.

* Assistente de Juiz na 1ª Vara do Trabalho de Niterói/RJ e Mestrando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense.

1 INTRODUÇÃO

O que se propõe como objeto deste estudo é analisar a natureza jurídica da execução penal brasileira. Diante da política institucional adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, com foco na celeridade processual, justiça das decisões, condutas pró-ativas dos Juízes comprometidas com a doutrina internacional dos Direitos Humanos, percebe-se que o Poder Judiciário vem atuando de forma mais incisiva na condução desta fase tão importante do Processo Penal. A hipótese que se pretende confirmar, ao longo desta argumentação, é que a execução penal deve ser integralmente administrada pelo Poder Judiciário, auxiliado pelo Ministério Público e Defensoria Pública.

O tema está inserido nas áreas jurídica, social e política porque apresenta aspectos multidisciplinares. Juridicamente, a execução penal desenvolve os atos de jurisdição consagrados na sentença penal condenatória. Socialmente, é na execução da pena que se propõe a materialização do *jus puniendi* do Estado com o escopo de atuar a prevenção especial e a ressocialização do apenado na vida comunitária. Politicamente, verifica-se no Sistema Penitenciário o exercício da divisão harmônica dos Poderes como delineada na Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

No desenvolvimento desta análise, serão abordadas questões decorrentes da crise que afeta o sistema de Proteção dos Direitos Humanos com reflexos no sistema prisional. Sob o argumento de defender interesses maiores do Estado, as violações aos Direitos Humanos são fortalecidas pelo discurso do Estado-Polícia. Historicamente, a segurança nacional já foi utilizada na América Latina como fundamentação teórica e jurídica dos regimes militares das décadas de 60 e 70. Novamente, este tipo de doutrina está a serviço do Estado fundamentando violações de garantias e direitos fundamentais em flagrante retrocesso social.

A questão torna-se mais grave quando o sujeito que sofre a repressão do Estado é o apenado. Sua condição de vulnerabilidade jurídica, social, econômica, política e física fazem dele um ser invisível na estatística da violência do Estado-Polícia. Diante das mais variadas formas de violações dos Direitos Humanos, a Organização das Nações

Unidas editou um programa de regras mínimas para tratamento de infratores em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Recentemente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, proferiu discurso a respeito da atuação do Conselho Nacional de Justiça. Segundo ele, o CNJ vem adotando “[...] uma política de controle e fiscalização [...] exatamente no intuito de adequar o sistema carcerário pátrio à exigência do atendimento a esse patamar de regras mínimas para tratamento de prisioneiros [...]”.

O discurso do Ministro sinaliza que a execução penal tem natureza jurisdicional. Não fosse assim, seria difícil fundamentar a intervenção do Conselho Nacional de Justiça no sistema penitenciário, uma vez que este Conselho é parte integrante do Poder Judiciário como órgão central do sistema.

O estado atual do conhecimento demonstra que existem algumas divergências doutrinárias a respeito da natureza jurídica da execução penal, prevalecendo a tese de que ela é jurisdicional.

No sistema de execução penal, a delegação de atos executórios ao Poder Executivo não lhe retira o caráter jurisdicional. Ao contrário, a centralidade da execução penal perante órgãos vinculados ao Ministério da Justiça e Secretarias de Segurança Pública demonstra flagrante violação do princípio do devido processo legal e da indelegabilidade da jurisdição.

A função social da execução penal vem perdendo eficácia sob o argumento da reserva do possível, ancorado na questão orçamentária e fiscal e no custo elevado do sistema prisional, bem como na doutrina do Direito Penal do Inimigo e do recrudescimento das estratégias de atuação do Estado-Polícia. Diante destas políticas públicas repressivas, argumenta-se em favor de um novo paradigma para a execução da pena no Brasil. Com este novo paradigma institucional, o Ministério Público, com assento garantido junto aos órgãos jurisdicionais, teria mais elementos para fiscalizar o cumprimento da lei e o respeito das garantias individuais e coletivas da pessoa humana porque oficiaria junto ao Poder Judiciário como Instituição essencial à administração da Justiça.

A emergência deste paradigma jurisdicional de administração do sistema prisional revela a importância do tema porque a proteção do ser humano requer uma vigilância constante do Poder Judiciário que

atraiu para si o monopólio da jurisdição. A delegação de atos administrativos não justifica a fragmentação da execução penal e, por decorrência, a violação da dignidade existencial do apenado.

O problema proposto resume-se a considerar a necessidade de expansão do sistema judiciário para dentro do sistema de execução penal, ampliando a atuação e o controle judicial sobre os atos administrativos praticados na execução da pena, inserindo-se neste contexto um diálogo institucional com o Ministério Público e Defensoria Pública.

Confirmando a oportunidade da investigação proposta, o Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, disse em entrevista que “[...] o sistema prisional não funciona [...]” e que “[...] é preciso encontrar alternativas a ele [...]”. Esta opinião foi manifestada na abertura do 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, realizado em Salvador. Complementando a sua opinião, disse que “[...] os Estados, sobretudo os da América Latina, não têm condições de responder às demandas de dignidade humana dos presos, e as prisões não só não conseguem ressocializar os presos, como, muitas vezes, o preso sai muito pior do que entrou [...]”. Para arrematar, acrescentou que “[...] Há certos casos em que o que se faz ao preso é um crime contra o cidadão. Os Estados precisam encontrar alternativas à prisão, de acordo com suas características, seus recursos e sua realidade [...]”.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o marco normativo fundamental para compreensão do Direito Constitucional contemporâneo. Nele, parcela significativa dos Direitos Humanos foi constitucionalizada gerando a doutrina dos direitos fundamentais. Para interpretar as Constituições modernas, adotam-se juízos de razoabilidade, ponderação de valores, noções de concordância prática dos princípios e unidade sistêmica da Constituição ou de unidade do ordenamento jurídico.

No entanto, a fragilidade do sistema econômico transnacional, denunciada após a crise hipotecária nos Estados Unidos, vem colocando em risco a rede de proteção social ampliativa consagrada pelo

Estado do Bem-Estar Social, sob o argumento de que faltam recursos orçamentários para manutenção de um sistema complexo de proteção da pessoa humana.

No Brasil, verifica-se constrangedora falta de efetividade de importantes garantias constitucionais através de políticas públicas excludentes que ameaçam o estágio civilizatório fundamentado na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Focando-se no sistema de execução penal, percebe-se a vulnerabilidade dos apenados diante do retrocesso das políticas públicas do Estado-Polícia.

A questão central é saber se o sistema de garantias constitucionais resistirá à pressão política e econômica que vem sofrendo. O ressurgimento de doutrinas liberais que focam seus objetivos na economia coloca em segundo plano a divisão social da riqueza, priorizando a repressão de parte da população excluída do processo de crescimento econômico do país.

Diante deste cenário, torna-se imperativo humanitário enfrentar a questão da natureza jurisdicional da execução penal, conferindo-se ao Poder Judiciário o controle e administração do sistema de execução da pena. No Estado Democrático de Direito, não se concebe a fragmentação da execução penal e as violações dos direitos humanos praticadas por organismos policiais do Poder Executivo.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A fragmentação típica do Direito Penal não deve ser transportada para o Processo Penal, nele incluindo-se a execução da pena. Quando o legislador opta em proteger determinado bem da vida na esfera penal, dosando em abstrato a pena necessária e suficiente para o exercício da prevenção geral e especial, produz uma fragmentação de natureza axiológica.

No entanto, a fragmentação que ocorre no processo penal a respeito da execução da pena não se justifica porque ausente qualquer critério de valor que justifique este modelo administrado por Órgãos vinculados ao Poder Executivo. No caso, está em jogo a vida humana afetada pela aplicação da pena em concreto. Dividir o Processo Penal

em instância judicial até a condenação do acusado e instância administrativa na execução da pena é um erro de perspectiva muito grave.

Em termos doutrinários, as várias Escolas que se sucederam no tempo para fundamentar o sistema de execução penal não apresentavam nenhum compromisso humanitário de grande relevância. Bastavam noções de controle, disciplina e trabalho para justificar o sistema carcerário imposto. Nos dias de hoje, se faz necessário enfrentar a perpetuação deste sistema, legitimando o Poder Judiciário para o exercício do controle total do sistema de execução da pena. Com isto, seria inaugurada a fase de humanização do cumprimento da pena em sintonia com os mais elementares princípios constitucionais em defesa das garantias individuais e coletivas da pessoa humana. O desvio de finalidade praticado no sistema prisional impõe ao apenado um verdadeiro *bis in idem*. Condenado judicialmente, passa a cumprir sanções cruéis e degradantes impostas pelos agentes do Estado-Polícia em flagrante abuso de poder.

O Poder Judiciário possui legitimidade, competência, isenção, imparcialidade e o domínio da técnica jurídica para tratar a execução da pena como uma questão complexa e socialmente relevante, colocando um termo final a este sistema fundamentado na discriminação, tortura, degradação da pessoa humana, tratamento “policial” do apenado e outras formas de violações das garantias mínimas do preso. Em termos de Direitos Fundamentais, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal e o Poder Judiciário como um todo é o garantidor da intangibilidade da vida humana.

No contexto da execução penal humanitária, práticas de um Direito Penal do Inimigo conflitam com os direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988. Portanto, devem ser abolidas para a real consolidação do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

Segundo o Artigo 60 da Constituição brasileira, nada impede a restrição de direitos fundamentais. O impedimento nela contido refere-se à abolição destes direitos. Mesmo com este fundamento constitucional, a questão merece reflexão. Restrições de direitos fundamentais, com suporte em razões de interesse coletivo e bem comum, são aceitáveis. No entanto, este fundamento jurídico não permite a usurpação de funções típicas do Poder Judiciário e a restrição de direitos dos apenados pelos organismos policiais do Poder Executivo.

O caráter judiciário da execução penal não pode sofrer restrições decorrentes de práticas administrativas do Poder Executivo que violem o sistema constitucional de garantias dos Direitos Fundamentais da pessoa humana.

4 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Conferir densidade normativa aos princípios constitucionais é o grande desafio do constitucionalismo contemporâneo. Contra este processo de concretização dos princípios constitucionais, o Estado-Administrador lança mão do argumento da reserva do possível. A visão economicista da Administração Pública repele a concretização das cláusulas de abertura típicas do Estado do Bem-Estar Social. Por esta razão, violações dos princípios constitucionais são comuns nos dias de hoje. Basta uma análise quantitativa das ações diretas de inconstitucionalidade para se ter uma idéia da gravidade do problema.

Neste contexto, entregar o corpo do apenado a um sistema gerenciado por organismos policiais do Poder Executivo e administrado pelo Ministério da Justiça viola a competência material do Poder Judiciário e o monopólio da Jurisdição. A administração da pena está vinculada ao processo penal e, deste modo, sob tutela do Poder Judiciário.

5 SANÇÃO PENAL

A sanção penal é aplicada quando são praticadas condutas anti-jurídicas de maior gravidade. Esta seletividade ou fragmentação implica restrições de direitos e da liberdade da pessoa. A função da pena, no entanto, deve ser considerada no contexto de um Direito Penal Humanitário, fundamentado em normas internacionais decorrentes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pactos e convenções provenientes da ONU, OEA, MERCOSUL e do Sistema Interamericano de Proteção da Pessoa Humana.

Diante da função social da pena, impõe-se urgente modificação no sistema de execução penal, transferindo-se integralmente para o Poder Judiciário a gestão do sistema prisional como forma de exercício de sua jurisdição.

6 DIREITO PROCESSUAL PENAL

O Processo Civil e o Processo Trabalhista adotam a Teoria do Processo Sincretico. Em nome da eficiência e da celeridade processual, o processo de execução é uma continuidade do processo de conhecimento. Esta unidade sistêmica tornou a execução mais robusta e eficiente. O Processo penal, no entanto, carece deste sincretismo necessário para melhor defender a dignidade da pessoa humana.

Quando se fala em pessoa humana, é preciso ir mais além da figura do apenado. Todas as pessoas que vivem no ambiente degradante do cárcere sofrem de alguma forma os efeitos do sistema prisional: corrupção, tortura, abuso de poder e outras sérias violações dos Direitos Humanos. O cárcere, como administrado, não passa de um depósito de pessoas com poucas chances de um “Começar de Novo”.

7 DEFASAGEM TELEOLÓGICA DA LEI Nº 7.210/1984

O objetivo da execução penal é cumprir a sentença ou decisão criminal, visando integrar socialmente o condenado e/ou internado. Sem dúvida, é uma função eminentemente jurisdicional. Diz o artigo 2º da LEP que a jurisdição penal pertence aos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, sendo exercido no processo de execução, nos termos do Código e Leis Processuais. Logo, a condição de internado ou condenado não retira da pessoa o direito de cumprir a pena sob a jurisdição de um Tribunal ou Juiz de Execução. O preso está, na execução da pena, à disposição do Poder Judiciário.

Por outro lado, o aspecto da disciplina no regime de execução penal parece não ser recepcionado integralmente pela Constituição Federal de 1988. Isto porque o controle da disciplina é um incidente da execução. No artigo 65 (f), consta expressamente que a competência para decidir os incidentes da execução é judicial. Infração disciplinar, como incidente de execução, requer avaliação de conduta, circunstâncias e antecedentes, bem como aplicação de sanção administrativa. Ao Poder Judiciário não se veda a prática de atos administrativos. O ato administrativo, neste caso, é praticado como função atípica inerente ao poder de direção processual. Atos administrativos contendo decisões incidentais

na execução da pena são da competência do juiz de execução. Somente atos não decisórios podem ser delegados, conforme permissão normativa do Artigo 93, XIV, da Constituição Federal de 1988¹.

Dispor da sanção administrativa com base em normas regulamentares viola os princípios da legalidade e reserva legal, bem como a competência judicial defendida nesta linha de investigação.

O artigo 60 que trata do regime disciplinar diferenciado, por exemplo, enfrenta crítica doutrinária em razão de sua manifesta inconstitucionalidade porque fundamentado no Direito Penal do Inimigo e na Teoria do Estado-Policia².

Observe-se que o Juízo da Execução é Órgão da execução penal. Por incoerência sistemática da Lei, nenhum Órgão do Poder Judiciário faz parte integrante do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. O que mais chama a atenção é que o Ministério da Justiça tem a função de assessoramento superior do Presidente da República, com funções executivas, compondo este importante Conselho. Diante do atual texto constitucional, não se justifica a exclusão do Poder Judiciário do controle da execução da pena que ele mesmo fixou em sentença penal condenatória. Neste aspecto, a LEP não foi recepcionada pela Constituição Federal vigente.

8 EXECUÇÃO PENAL NO DIREITO COMPARADO

Na Argentina, também se apresenta a fragmentação da execução penal, com os mesmos inconvenientes e violações das garantias do apenado. Esta comunicação entre as funções do Poder Judiciário e Executivo não serve de argumento para retirar da execução penal o seu caráter judiciário.

O Decreto 303/96, que trata de Política Penitenciária na Argentina, é um documento muito importante porque menciona um Plano

¹ XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

² GOMES, Luiz Flávio. Medida Provisória nº 28/02: mais poderes aos diretores de presídio ou um besteirol jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 15 fev. 2002.

Diretor da Política Penitenciária, observando-se as regras mínimas para o tratamento dos reclusos (ONU). Nele se afirma que o texto foi proposto pela Subsecretaria de Política Penitenciária e de readaptação social do Ministério da Justiça, estudado detidamente por um comitê especial designado pela Direção Nacional do Serviço Penitenciário Federal argentino.

Note-se que também na Argentina o Poder Judiciário cumpre tão somente um papel legitimador do encarceramento dos apenados submetidos a um sistema de controle administrado pelo Poder Executivo.

No plano doutrinário internacional, existem contundentes argumentos que defendem o caráter jurisdicional da execução da pena.

Fundamentando-se em princípios constitucionais jurídico-humanitários, Vacani (2007) indica a necessidade de novas ferramentas conceituais e metodológicas com o objetivo de redefinir o sistema de garantias com base em um marco processual cognitivo. Sugere um modelo jurisdicional no cumprimento da pena, desde o serviço de defesa pública até o seguimento contínuo das práticas penitenciárias. Recomenda uma releitura do discurso que fundamenta a execução penal e o seu estado de anomia, com práticas equivocadas decorrentes da dependência externa da maioria dos magistrados com relação aos atos praticados pela administração do Poder Executivo. Com seus argumentos, pretende conscientizar as pessoas sobre as violências praticadas no sistema penitenciário administrado pelo Poder Executivo.

O autor referenciado indica carências e deterioração do sistema carcerário que menoscabam o sistema de garantias da pessoa humana. Acusa o sistema vigente na Argentina de corrupto, não cumprindo com as suas finalidades disciplinares. Sustenta que práticas institucionais mostram-se contraditórias. Não são respeitados os princípios da dignidade humana, liberdade de consciência e isonomia material. Para corrigir estes desvios, considera necessário jurisdicionalizar o sistema prisional argentino.

Em suas análises, informa que ao final do século XIX o castigo era aplicado com fundamento em um discurso médico policial. Diante da evolução do processo civilizatório, afirma que é preciso viabilizar um marco teórico de ressocialização que escape dos desvios de finalida-

des que marcam a dinâmica do abuso de poder estatal praticado em um sistema penitenciário corporativista e nitidamente policiado.

Antes de se praticar um fetichismo normativo que representa o plano mais rudimentar de efetividade das garantias constitucionais, deve-se buscar medidas concretas de modernização do sistema de execução da pena.

Com fundamento na doutrina do Direito Penal do Inimigo, a ordem social acatou a administração do sistema penal formando uma cultura de emergência, fundamentada em legislação de exceção, que não é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Como alternativa ao atual sistema de execução da pena, sugere a instauração do serviço de defesa pública e uma efetiva juridicidade da execução penal sintonizada com o princípio da legalidade penal e a doutrina do direito constitucional contemporâneo. Desta forma, o processo de execução penal cumpriria o seu papel de marco normativo de garantias penais e processuais com amplo e imediato acesso à Justiça. Seria então necessário modificar o Sistema prisional, adequando-se as regras de funcionamento real da Instituição Penitenciária aos novos paradigmas do Estado Democrático de Direito centralizado na defesa da pessoa humana.

Em outro estudo, Martínez (2008) afirma que na Espanha critica-se o sistema arbitrário e discriminatório de administração penitenciária.

Garrido (2009), outro estudioso do tema, defende a natureza jurisdicional do processo de execução penal. Ele faz uma contundente crítica à falta de estudos doutrinários a respeito da execução penal. Esta carência é sentida também nos órgãos executores do sistema judicial. Diante desta lacuna doutrinária, percebe-se a relevância do seu estudo com o escopo de aprofundar a investigação sobre o sistema de execução da pena. Suas críticas apresentam três pontos de argumentação: subordinação da execução ao poder executivo; afastamento do Poder Judiciário do sistema de execução da pena e necessidade de o Poder Judiciário retomar o controle do cumprimento das sentenças como forma de garantir os direitos fundamentais do preso.

O autor informa que o novo Código Processual Penal da Costa Rica conferiu natureza jurisdicional à fase de execução penal através da criação de Tribunais de Execução Penal, dependentes do Poder Judiciário.

rio, com faculdades, controle e vigilância sobre a aplicação correta das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança. Sustenta sua tese com arrimo no Direito espanhol, em que a execução da pena é parte integrante da tutela judicial efetiva. O Poder Judiciário não somente dita as sentenças; ele as faz cumprir.

Nota-se que o autor examinou tese de jurisprudência da Espanha na qual a execução da pena está contida no processo penal, sendo executada pelo Poder Judiciário. O Judiciário não se afasta do processo de execução penal. No seu ponto de vista, é tarefa do Poder Judiciário terminar a sua obra. Prossegue afirmando que no Direito Constitucional Comparado há uma tendência de jurisdicionalizar a execução da pena. Relata que na doutrina jurídica dominicana há consenso sobre a vinculação da sentença ao sistema de administração da justiça, sustentando que não tem sentido e pouco vale uma sentença que não se pode impor através do Poder Judiciário.

No Brasil, encontramos doutrina que analisa minuciosamente a Lei de Execução Penal. Na lição de Mesquita Júnior (2007), a execução penal está informada pelo princípio da jurisdicionalidade.

Para finalizar, o autor referenciado sustenta, com apoio em Roberto Lira e José Frederico Marques, que a execução penal é autônoma sem com isto perder o seu caráter processual. Concluindo o argumento, indica o artigo 194 da Lei de Execução Penal que assim diz: “art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”.

9 CONCLUSÃO

A execução penal foi analisada sob vários aspectos: doutrina, jurisprudência e direito comparado. O objetivo proposto era demonstrar a natureza jurisdicional da execução penal.

É importante notar que há um movimento internacional em favor deste argumento, defendendo-se a criação de Tribunais de Execução Penal. Nestes termos, a tese de que a execução penal inaugura uma fase administrativa da execução da pena está ultrapassada. Não se justifica mais este argumento para se entregar o corpo do apenado ao sistema de execução penal administrado por Órgãos policiais vin-

culados ao Poder Executivo. Este sistema não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 porque é incompatível com a divisão harmônica dos Poderes, o princípio do monopólio da Jurisdição e a indelegabilidade dos atos judiciais decisórios.

Note-se que o Juiz da execução é Órgão do Poder Judiciário. Recebe competência material diretamente da Constituição. Diferente é a situação do Ministro da Justiça que não é Órgão do Estado. A função ministerial é de assessoramento superior do Presidente da República em questões ligadas ao seu ministério e ao Poder Executivo. A execução da pena é um incidente processual sob a jurisdição do Estado-Juiz vinculada à defesa das garantias individuais e coletivas decorrentes da doutrina internacional dos Direitos Humanos.

Firme-se o argumento com o fato de que a Lei de Execução Penal é de julho de 1984. O Estado Democrático de Direito foi instaurado no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Logo, dispositivos que violem as garantias constitucionais da pessoa humana, a competência material do Poder Judiciário e as prerrogativas institucionais do Ministério Público não foram recepcionados. Desta forma, o sistema de divisão da execução penal com a entrega do apenado a um arcaico e degradante sistema prisional administrado pelos Órgãos policiais vinculados ao Poder Executivo é inconstitucional. Ademais, as condições em que se encontram os estabelecimentos penais agravam ilegalmente a situação do condenado: o suplício pelo tratamento desumano e degradante, com expressa vedação legal, e a exclusão social do apenado como forma de agravamento no cumprimento da pena são manifestamente inconstitucionais e caracterizam, em tese, lesões a direitos humanos capaz de submeter o Brasil à jurisdição penal internacional.

O Brasil do Império, que nos legou as práticas do calabouço, não mais existe. As diretrizes de um sistema penal degradante não encontram fundamento no vigente sistema constitucional. Há que se resgatar o sentido ontológico da pena para compreender o seu real significado e alcance: socializar o apenado através da humanização do sistema prisional sem o qual não há chances de um Começar de Novo.

O Poder Judiciário possui legitimidade constitucional, conhecimento e corpo técnico qualificado para iniciar, desenvolver e

concluir a prestação jurisdicional que modernamente é informada por três princípios fundamentais: indisponibilidade da ação penal, como regra, devido processo legal e dignidade da pessoa humana.

Na verdade, cada estabelecimento penal deveria corresponder a uma vara ou tribunal de execução penal, assegurando-se ao apenado o duplo grau de jurisdição até o Supremo Tribunal Federal; e a centralidade do sistema de execução da pena caberia ao Conselho Nacional de Justiça como Órgão Central do Sistema judiciário nacional.

Cabe destacar que neste ano realizou-se no Brasil, na cidade de Salvador, Bahia, o 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Os Congressos das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal (CPCJC) são realizados de cinco em cinco anos, agindo como catalisadores para trabalhos desenvolvidos na área de justiça criminal. Enfatizar a necessidade de uma abordagem holística para a reforma do Sistema de Justiça Criminal e fortalecer a capacidade dos sistemas de justiça penal em lidar com o crime é um dos objetivos destes Congressos.

O 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal (CPCJC) teve como prioridade a abordagem de assuntos ligados ao tema dessa edição: “Estratégias Amplas para Desafios Globais: Sistemas de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal e seus Desenvolvimentos em um Mundo em Transformação”. Um dos temas debatidos no Congresso envolveu o exame das melhores práticas das Nações Unidas e outras referentes ao tratamento de prisioneiros no sistema de justiça criminal, bem como estratégias e melhores práticas contra a superlotação de estabelecimentos penitenciários.

Neste contexto, não basta adotar modelos de formação de agentes penitenciários com base em direitos humanos, gestão, planejamento e inteligência penitenciária, se o controle do sistema não estiver sob a jurisdição do Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça como Órgão central do Sistema e participação efetiva do Ministério Público na defesa da Ordem Jurídica e do Regime Democrático. Esta alteração de paradigma proposta encontra-se em sintonia com a doutrina do direito penal humanitário.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

GARRIDO, John. **El juez de la ejecución penal en el Nuevo Código Procesal Dominicano**. 2009. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Medida Provisória nº 28/02: mais poderes aos diretores de presídio ou um besteirol jurídico? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp_id=2722>. Acesso em: 15 abr. 2010.

Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

MARTÍNEZ, Marta Guinot. Problemas aplicativos del denominado período de seguridad. 2008. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal: teoria e prática – doutrina jurisprudência, modelos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VACANI, Pablo Andrés. Resocialización: una mirada desde el “ser. 2007. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

PANORAMA DA SITUAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA

HISTÓRICO, DIAGNÓSTICO E SOLUÇÕES

*Clóvis Marques Dias Júnior**

Resumo: O presente artigo busca lançar um olhar sobre a história de como o cárcere tornou-se a principal forma de punição do direito penal ocidental, aprofundando-se, mais especificamente, na história das prisões no Brasil. O texto também tece uma crítica sobre as funções, declaradas e ocultas, da pena privativa de liberdade, para, ao final, apresentar um diagnóstico do sistema de execução de pena no Brasil, apontando os maiores problemas e apresentando algumas soluções para melhoria deste.

Palavras-chave: História da prisão. Pena privativa de liberdade. Execução penal brasileira.

Abstract: The present article intends to launch a look about the history in such way the prison has become the main form of punishment of the occidental penal law, taking in a deep study, more specifically, in the history of the arrestments in Brazil. The text also shows a criticism about the declared and hidden functions of the private penalty of freedom, it shows to the end a diagnosis of the execution system of the penalty in Brazil, pointing the biggest problems and presenting some solutions in terms of coming this work better.

Keywords: History of the arrestments, Private penalty of freedom, Brazilian penal execution.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/UNIDERP, Licenciando em Filosofia pela Universidade Estadual do Maranhão, foi servidor do Ministério Público do Estado do Maranhão e atualmente é Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Maranhão. E-mail: *clovisjrs@hotmail.com* e *clovismdjr@yahoo.com.br*

1 INTRODUÇÃO

A situação das prisões no Brasil e na maioria das regiões periféricas do planeta é caótica. Os estabelecimentos prisionais destas localidades refletem uma realidade degradante no que tange o tratamento da pessoa humana.

No Brasil, a legislação da execução penal é, de certo modo, um diploma eficaz para a gestão prisional, contudo, sua aplicação é precária, o que resulta em uma execução penal que não efetiva os princípios constitucionais voltados à preservação da dignidade da pessoa humana neste procedimento.

A anunciada conjuntura carcerária exige que sejam adotadas medidas imediatas para modificação deste cenário. O atual momento jurídico-histórico, em que se zela pela preservação dos direitos humanos, não mais permite atitudes de degradação da pessoa como a que se oferece na prisão.

Desta feita, o objeto de estudo deste artigo é desenhar o cenário da situação prisional brasileira, e para se chegar a esse ponto, inicialmente será necessário expor a história global do nascimento das prisões, desde o seu embrião na antiguidade, em que era utilizada apenas como medida cautelar, até o seu uso como forma de cumprimento de pena, no capitalismo incipiente.

Neste momento histórico, percebe-se que a função social da prisão nada mais é do que ajustar o homem à sociedade, de forma coercitiva e repressiva, segregando os pobres e os miseráveis. O controle que o Estado exerce sobre o crime é o meio concreto para proteger os interesses da sociedade capitalista, o que ocasiona um irracional desinteresse em atender as necessidades dos encarcerados.

Far-se-á, ainda, uma alusão histórica ao sistema prisional pátrio, desde o período colonial até os dias atuais, em que vigoram a Constituição de 1988 e a Lei de Execuções Penais de 1984.

Nesta altura, é feita uma pausa para exposição crítica das funções da pena privativa de liberdade, trazendo à baila as funções ocultas em contraposição das funções declaradas, que fazem parte do discurso oficial do Estado.

Posteriormente, apresentar-se-ão dados e outras informações sobre o funcionamento das prisões no Brasil, elencando os problemas mais patentes. A crítica, no entanto, não se detém a macular o sistema prisional.

O presente ensaio justifica-se por uma variedade de fatores, que denotam sua importância acadêmica, social, política e profissional, pois sempre que se fala sobre forma de punição para com aqueles que praticam delitos tem-se um tema de grande polêmica, seja a polêmica içada pela opinião pública, geralmente manipulada pela grande mídia, sejam os debates travados nas salas de discussões de estudiosos das ciências penais, ou ainda na seara de atuação de profissionais do direito e da segurança pública.

O que se pode afirmar é que o assunto é controverso, pois, se por um lado a sociedade clama pelo recrudescimento das penas privativas de liberdade, pugnando por um direito penal de exceção ou por um direito penal para o inimigo, sendo indiferente ou até mesmo aplaudindo o maligno tratamento dispensado para com os presos, por outro lado, é majoritário entre os penalistas o movimento por um direito penal do equilíbrio ou por um direito penal mínimo, com ênfase no punido como pessoa humana. Entretanto, apesar do citado movimento entre os teóricos, a prática dos profissionais do direito e da segurança pública ainda continua no caminho inverso.

Enquanto o conflito continua sem resolução, o sistema prisional infla, e a infraestrutura do governo não consegue absorver a demanda, ocasionando, cada vez mais, prejuízos aos presos e afrontando diariamente a Carta Constitucional.

2 ORIGENS DA PRISÃO E OUTRAS EXPOSIÇÕES HISTÓRICAS

A prisão pode ser conceituada livremente como o *ato estatal – ou de quem detém o poder em dado local e momento – de manter um indivíduo em cárcere, cerceado sua liberdade de ir e vir*; ela existe na história mundial de longas datas, entretanto, sua aplicação como a forma da punição em si mesma é recente. Desde os antigos, passando-se pelos gregos, romanos, babilônicos, bizantinos, dentre outros povos,

os estabelecimentos prisionais sempre se fizeram presente, porém, geralmente, eram simplesmente alguma masmorra, calabouço ou prédio secundário em que eram colocados aqueles que estavam à espera de julgamento ou da execução de alguma pena corporal já imposta.

Os povos sem escrita, em regra, aplicavam penas de morte, penas corporais ou o banimento, que consistia na exclusão do grupo social. A prisão neste período histórico era desnecessária, visto que, em procedimentos sumaríssimos, o líder da comunidade aplicava a sanção tão logo soubesse do acontecimento do fato, punição esta que era executada de forma imediata. Os registros do esboço da prisão surgem mais precisamente nas civilizações do oriente próximo – Egito, Mesopotâmia, Hebréia. Em meio a esses povos a pena pelo cometimento de um mal injusto e grave não mudou muito em relação à imposta pelos povos sem escrita, geralmente realizada através de sacrifícios e castigos atroztes ao condenado. O banimento foi mantido, mas, para os delitos mais graves, aplicava-se a pena capital por meio de lapidação – apedrejamento, fogo, decapitação etc. Nestas sociedades, a prisão surge, conforme dito acima, como um local de espera pelo julgamento ou pela execução da pena¹.

Faz-se um parêntese para explicitar que em algumas sociedades, como regra, a punição não guardava proporção com a conduta delitiva, prevalecendo o interesse do mais forte. Era o que acontecia especialmente nas teocracias. Neste contexto surge na Mesopotâmia o Código de Hamurabi, diferentemente dos direitos egípcio e mosaico, autointitulados como de origem divina, aquele é uma construção humana permeada pela lei de talião, a famosa “olho por olho, dente por dente”.

¹ Um exemplo da aplicação da prisão, neste contexto, pode ser retirado da Bíblia Sagrada, em que o prisioneiro espera a aplicação da lei mosaica: “**Puseram-no sob custódia para que se decidisse somente pela ordem de Iahweh.** Iahweh falou a Moisés e disse: Tira fora do acampamento aquele que pronunciou a maldição. Todos aqueles que o ouvirem porão suas mãos sobre a cabeça dele, e toda comunidade o apedrejará”. (Lv 24, 10-16a; BÍBLIA DE JERUSALÉM, 2006, grifo nosso). Em meio aos hebreus, mais precisamente nos escritos de Josefo (2004, p. 423), escritor e historiador judeu que viveu entre 37 e 103 d.C., encontram-se as narrativas de episódios em que a prisão é a própria forma de execução da pena capital: “Jeremias respondeu-lhe que não tinha absolutamente aquela intenção, ia somente fazer uma visita à sua terra natal. O magistrado, não acreditando em suas palavras, levou-o perante o tribunal, para instaurar-se o processo. Declararam-no culpado e meteram-no numa prisão, para fazê-lo morrer”.

Em Roma, por seu turno, apesar de o direito poder ser dividido em três períodos jurídicos distintos: a época antiga ou arcaica; a época clássica; e o período do baixo império, este não se alterou muito em matéria penal, sendo que uma de suas características restava na forma de assegurar a presença do acusado no julgamento por meio do acorrentamento, o que poderia ocorrer em edificações estatais ou até mesmo em residências particulares. A pena muitas vezes era executada como forma de diversão para o público, como nas difundidas arenas de gladiadores.

Já no período medieval, com a forte influência eclesiástica na Europa e regiões em seu domínio, o castigo ganhou uma conotação espiritual. Neste período, deu-se a instalação dos famigerados tribunais clérigos de inquisição em aliança aos Estados em que se estabeleciam, sendo que estes aplicavam a pena que aqueles cominava. Nessa ocasião, as penas mantiveram sua natureza corporal, a mais conhecida delas era a morte pela fogueira, mas a pena corporal também era aplicada pela força, guilhotina, degola, esfolamento, mutilação, entre outros.

À época foram construídos estabelecimentos específicos para o acautelamento dos presos. Tais locais foram denominados penitenciários; nestes, os condenados cumpriam penitência por um curto período de tempo de solidão com fins reflexivos e aguardariam a execução da pena corporal.

A denominação *penitenciária* remonta essa época e é utilizada até os dias atuais.

Este breve histórico expõe a visão prisional na Europa, vez que a sociedade brasileira e de toda a América brotou predominantemente da colonização europeia. Em alguns países orientais e africanos a forma de punir foi, e é até hoje, realizada de maneira bastante peculiar. Pode-se destacar, a título exemplificativo, a crueldade do direito penal chinês com penas como empalação e castração, ou, como ressalta Sanchez (2007, p. 1), outros tipos de penas de morte que são usados atualmente mundo afora: o apedrejamento em países com Irã, Nigéria, Paquistão e Arábia Saudita; o fuzilamento nos EUA, China, Somália, Taiwan, Uzbequistão, Guatemala e Vietnã e outros; a força; cadeira elétrica; injeção letal e a decapitação.

Superadas as anotações acerca da prisão como instrumento de garantia do julgamento e da execução da pena, passa-se ao tema da prisão como pena em si mesma.

Como bem pontuou Foucault (2004, p. 12-22), a prisão foi instituída como substituta do suplício dos corpos do período feudal, as penas exibidas publicamente através da “*arte de fazer sofrer*” foram substituídas pelo cerceamento da liberdade, nada obstante, este sistema prisional fora criado não como instrumento de supressão da criminalidade, mas sim como gestão diferencial desta.

Esta transição do direito de punir com o suplício dos corpos para o cárcere é estreitamente ligada à passagem do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista, visto que com esta mudança estabeleceu-se um novo regime de gestão da sociedade, o que ocorreu de forma lenta, gradual e diferenciada. (GUIMARÃES, 2007, p. 115).

Neste momento histórico, o capitalismo nascente amargou uma derrota parcial ao desejar remanejar, apenas através do discurso, os homens e mulheres do trabalho servil para um modelo baseado no lucro e no aniquilamento da dignidade – as jornadas de trabalho exaustivas, o acontecimento da divisão social do trabalho, a separação entre a força produtiva e a necessidade humana de quem produz são apenas alguns exemplos desta indignidade –. Esta mudança era claramente contra o que estava enraizado nas tradições e consciência cultural-religiosa do período feudal, logo, os camponeses relutaram em abandonar o modelo vassalo.

Estes ex-camponeses precisavam ser “*domados*”, a fim de servir ao modelo nascente, e, em um primeiro momento foram marginalizados para que caíssem profundamente na indigência. Desta forma, tornou-se tentadora a sorte dos proletários, aqueles que haviam vendido sua força de trabalho em troca de salários miseráveis. (BAUMAN, 2005, p. 27).

Esta técnica foi apropriada até certo ponto, todavia, algo mais precisava acontecer, foram adotados métodos mais eficazes para alcance dos imprescindíveis fins do capitalismo e para solucionar o problema da mão de obra necessária e voluntariamente indisponível. Foram criadas as casas de trabalho ou casas de correção, eis aí “a verdadeira origem da pena privativa de liberdade, uma das maiores invenções do

sistema de produção capitalista, não sendo exagero afirmar que imprescindível mesmo à sua implantação e duradoura existência”. (GUIMARÃES, 2007, p. 123-124).

Estudando-se as origens históricas do sistema carcerário podem-se encontrar as razões de fundo que explicam a crise do sistema atual.

Desde então, o tratamento dos presos recebeu atenção marginal e o sistema penal ocupou-se de excluir grupos sociais bem específicos. Neste mote há de se concordar com Zaffaroni (1999, p. 125), que apresenta o sistema penal como concretizador de um grande genocídio, e esclarece que a violência habitual do sistema penal incide sobre os setores mais vulneráveis da população.

Completando o pensamento sobre o direito penal como modelo de marginalização social, mais especificamente analisando o cárcere nas sociedades capitalistas contemporâneas, o professor Baratta (2002, p. 183-184) explica que, variando de acordo com as diferenças pátrias, as comunidades carcerárias possuem características próprias, estas, por vezes, possibilitam até mesmo a construção de um modelo nacional específico, contudo, podem-se pontuar peculiaridades globais, como o fato das prisões produzirem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado e favoráveis a sua estabilidade na população criminosa.

Deste modo, percebe-se que quando o cárcere se converteu na principal resposta penalógica ele servia ao capitalismo incipiente, ou seja, obedecia a uma ideologia econômica específica. O discurso doutrinário se construiu em cima dos fatos já existentes, tentando apenas justificar a prisão que já era um modelo posto. Daí fala-se em ilegitimidade do sistema jurídico da pena privativa de liberdade, que não recupera, mas estigmatiza.

3 A PRISÃO NO BRASIL

As raízes históricas do direito aplicado no Brasil são intimamente ligadas ao direito lusitano vigente em dada época.

As ordenações da metrópole vigoraram no Brasil por mais de quatro séculos. Primeiramente foram as Ordenações Afonsinas – até 1521 – e Ordenações Manuelinas – 1521 a 1603, mas as ordenações que

mais exerceram influência *in terra brasilis* foram as Ordenações Filipinas, seja por tratarem especificamente do Brasil, pela primeira vez, em matéria de cumprimento de pena, seja por vigorarem em matéria cível até o período republicano, tendo sua vigência encerrada somente com a promulgação do Código Civil de 1916.

As Ordenações Filipinas, em seu livro V, título CXL, mencionam a própria colônia brasileira como uma prisão de degredados². Ressalte-se, ainda, apenas a título ilustrativo, que o Brasil era considerado o pior dos degredos. De acordo com o título CXLIII do mesmo livro aqueles que tentassem fugir do degredo na África teriam como penalidade suplementar o envio para o Brasil e os que tentassem fugir do Brasil teriam a pena duplicada.

No período do Brasil colonial, para os delitos ocorridos no solo da colônia, as penas aplicadas não eram muito diferentes das utilizadas em outras partes do globo; o exemplo mais célebre é a execução de Tiradentes, em 21 de abril de 1792, em que, por crime político, o insurgente foi enforcado, decapitado, esquartejado e exposto em praça pública na cidade de Vila Rica. (KRAEMER, 2005, p. 88).

No ano de 1769, a “Carta Régia do Brasil” determinou a construção da Casa de Detenção, primeira prisão brasileira, localizada na cidade do Rio de Janeiro. Naquele estabelecimento prisional não havia separação de presos por tipo de crime. Foi apenas em 1824 que a Constituição determinou que as cadeias tivessem os apenados separados por tipo de crime ou pena, e que fossem adaptadas para que os detentos pudessem trabalhar. (BRASIL, 2008a, p. 56).

Já “no início do século 19, surgiu um dos mais graves problemas do sistema carcerário atual: a superlotação, quando as cadeias do Rio de Janeiro já tinham presos acima do número de vagas”. (BRASIL, 2008a, p. 56).

Após a perda do vínculo de soberania entre Portugal e Brasil, ora denominado “independência”, o país produziu o Código Criminal

² O texto das Ordenações afirmava, *in verbis*, o seguinte: “Mandamos, que os delinquentes, que por suas culpas houverem de ser degradados para lugares certos, em que hajão de cumprir seus degredos, se degredem para o Brazil, ou para lugares da África, ou [...]”. (ALMEIDA, 1870, p. 1318).

do Império; o ano era 1830. Tal diploma inaugurou uma nova etapa do direito penal pátrio, com institutos próprios, certamente influenciados por outros estatutos, mas com uma gestão penal interna independente da antiga metrópole.

O Código do Império previa as penas de morte pela força, prisão com trabalhos forçados, prisão simples – não superior a seis meses –, banimento e degredo. Outras penas acessórias, como perda ou suspensão do emprego, também eram aplicadas, além disso, a forma de tratamento dos escravos era diferenciada.

No início do período republicano, foi editado o Código de 1890, e, em complemento, uma variedade de legislações esparsas para regerem o direito penal brasileiro. Toda essa legislação foi, inclusive, consolidada através do Decreto n.º 22.213 de 14.12.1932, revogado pelo atual Código Penal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 210). Nesse período, com a abolição da pena de morte – ressalvada a matéria militar em tempo de guerra – pela Constituição de 1891, a prisão estabeleceu-se definitivamente como a principal forma de punição em matéria criminal.

O atual Código Penal foi promulgado em 1940, contudo, sua vigência iniciou apenas em 01.01.1942. Em um segundo momento, a Lei n.º 6.416/1977 alterou sensivelmente a parte geral do estatuto que, em seguida, foi completamente modificada pela Lei n.º 7.209/1984.

A nova parte geral do diploma penal estabeleceu uma série de mudanças no sistema de aplicação da pena, solidificando o instituto da progressão de regimes e trazendo à baila a temática das penas alternativas.

Simultaneamente à modificação do Código Penal, é editada a inovadora Lei de Execução Penal – LEP, Lei n.º 7.210/1984, revogando a Lei n.º 3.574/1957, que dispunha até então de Normas Gerais do Regime Penitenciário. A LEP nasceu como primeiro ordenamento específico da aplicação da pena à luz da dignidade humana, área até então tratada de maneira secundária pelo direito penal. A lei manifesta um sentimento da humanização da pena, apresentando uma nova forma retributiva, que não busca mais, tão somente, punir e prevenir o crime, mas também humanizar o tratamento do preso e reinseri-lo na sociedade após o cumprimento da pena.

Outras leis procuraram diminuir a incidência da aplicação da pena privativa de liberdade na conjuntura criminal. Pode-se citar aqui a Lei n.º 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e definiu crimes de menor potencial ofensivo, buscando, ao máximo, afastar os autores de pequenos delitos do contexto da prisão.

Apesar disso, a aplicação da pena de prisão – reclusão ou detenção – continua a ser aplicada no Brasil em quantidade crescente, sem que os aparelhos do Estado se adéquem para receber a demanda, o que acaba por gerar resultados insatisfatórios ou até mesmo reversos.

4 FUNÇÕES DECLARADAS E FUNÇÕES OCULTAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Os estudiosos das ciências humanas e sociais podem analisar a história das sociedades e seus institutos utilizando-se de diversos métodos de interpretação, voltando o foco do estudo para determinada área social, para a organização do Estado, para a religião, para a linguagem, entre outros.

Dentre estas várias áreas de foco do estudo, a vertente da análise da sociedade pelo viés econômico merece especial destaque hodiernamente, vez que a metodologia de organização capitalista do Estado foi responsável, de forma predominante, pelo desenho da atuação política interna e internacional dos países do mundo inteiro.

Com o direito não seria diferente. A economia possui enorme ligação com o direito civil, direito econômico, direito de empresa, direito tributário, direito do trabalho, e por mais curioso que pareça, também com o direito penal. Não é de se estranhar que, como visto acima, a pena privativa de liberdade surge no contexto da Revolução Burguesa em detrimento do modo de produção feudal.

O inglês Becker (1968, p. 169-217), Prêmio Nobel de Economia em 1982, chegou até mesmo a apresentar uma teoria econômica dos delitos e das penas, apontando, em resumo, que a elaboração e aplicação das leis penais recebem influência dos interesses econômicos, mas comprova que tais influências são o real fundamento do direito de punir e não podem ser estudadas apenas de maneira acessória ao discurso.

Não é de se espantar que a maioria dos condenados a penas privativas de liberdade sejam de classes marginais da sociedade. Uma pesquisa realizada por alunos do UNICEUMA – Centro Universitário do Maranhão, com apoio da FAPEMA – Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão, no ano de 2008, e apresentada no “Fórum de Atualização em Direito Penal e Processual Penal” do Ministério Público do Estado do Maranhão (GUIMARÃES, 2008), relatou que, na Casa de Detenção do Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA, 62,05% (sessenta e dois vírgula cinco por cento) dos sentenciados são analfabetos ou não completaram o ensino fundamental; 79,09% (setenta e nove vírgula nove por cento) nunca trabalharam com carteira assinada; 62,04% (sessenta e dois vírgula quatro por cento) não possuíam renda ou ganhavam menos de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Os pesquisadores afirmam que o perfil socioeconômico é pressuposto de criminalidade, mesmo porque muitos pobres não são criminosos, mas o perfil é sim pressuposto de criminalização. (GUIMARÃES, 2008).

No Brasil, assim como nos demais estados latino-americanos, a pena de cerceamento da liberdade não atinge as classes mais altas da sociedade ou os criminosos de “*colarinho branco*”, alcançando quase que exclusivamente as camadas marginalizadas.

Após o surgimento da pena privativa de liberdade, que, como visto, deu-se em razão predominantemente econômica, várias finalidades foram atribuídas à pena, às funções declaradas da pena, que fazem parte do discurso oficial do Estado.

A mais conhecida das funções alegadas da pena é a função retribucionista, atrelada à teoria absoluta, segundo a qual “o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal.” (ROXIN, 1993, p. 16). Roxin (1993, p. 17) ainda completa: “Se impuserdes – sejam quais forem os critérios – uma pena, com ela tereis de retribuir um crime”. A finalidade da função retributiva é de que a pena atue como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso.

Outra função manifesta é relacionada à prevenção especial, conectada à teoria relativa. Esta, mais complexa, não pretende retribuir o

fato passado, mas, segundo Roxin (1993, p. 20), atua de três maneiras: corrigindo o que se pode corrigir, comumente denominado “*ressocialização*” – prevenção especial positiva; intimidando para que os indivíduos presos não cometam mais crimes – prevenção especial negativa; e, por fim, tornando o indivíduo inofensivo por meio do cárcere.

No tocante à ressocialização, mais especificamente, pode-se afirmar que esta é a função manifesta mais difícil de ser concretizada. Conforme a respeitável opinião do professor Baratta (2001, p. 2), é fato “[...] que a prisão não pode produzir resultados úteis para a ressocialização do sentenciado e que, ao contrário, impõe condições negativas a esse objetivo”³.

Outras finalidades ainda são apontadas para a pena, como é o caso da prevenção geral, que pretende criar um sentimento coletivo de que havendo crime haverá punição. Existem ainda as teorias ecléticas ou mistas, para as quais a pena deve, simultaneamente, castigar o condenado e evitar a prática de novos crimes, tanto pelo criminoso como, pela intimidação, em relação às demais pessoas da sociedade.

Destacam-se, ainda, os ideais conservadores que vão de encontro às políticas de direitos humanos, provenientes do Movimento da Lei e Ordem – *Law and Order* – que é a mais clara manifestação penal do modelo neoliberal.

O *Law and Order* reina entre os estadunidenses e prega a supremacia estatal e legal em detrimento do indivíduo e de seus direitos fundamentais. A ideia de que há bons e maus, e estes devem ser punidos com o máximo de rigor, é amplamente difundida pela mídia e especialmente nos

³ O crítico ainda apresenta duas ordens de consideração: “A primeira está relacionada com o conceito sociológico de reintegração social. Não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la apesar dela; ou seja, tornando menos precárias as condições de vida no cárcere, condições essas que dificultam o alcance dessa reintegração. [...] Ressaltamos a necessidade da opção pela abertura da prisão à sociedade e, reciprocamente, da sociedade à prisão. Um dos elementos mais negativos das instituições carcerárias, de fato, é o isolamento do microcosmo prisional do macrocosmo social, simbolizado pelos muros e grades. [...] A segunda ordem de considerações está relacionada com o entendimento jurídico de reintegração social do preso. Não só não existem chances de sucesso, como sequer legitimidade jurídica para um trabalho de tratamento, de ressocialização, se pensada como dominação do preso. [...] O sistema prisional deve, portanto, propiciar aos presos uma série de benefícios que vão desde a instrução, inclusive profissional, até assistência médica e psicológica para proporcionar-lhes uma oportunidade de reintegração e não mais como um aspecto da disciplina carcerária [...]”. (BARATTA, 2001, p. 2-4).

filmes e séries policiais. A consequência do movimento é o recrudescimento das penas para se prevenir os crimes. Os resultados deste recrudescimento é uma proliferação de presos em condições de encarceramento longe das ideais. Sobre o tema pontuou Zaffaroni (2009, p. 16):

Hoje, há leis repressivas absurdas que destroem toda a legislação penal e resultam em prisões lotadas, motins, desordens, homicídios etc. As condições carcerárias são iguais ou piores que as dos campos de concentração nazistas. A primeira pergunta é: precisamos ter todos esses presos? Temos tanta gente perigosa em nossa sociedade?

Às escusas das funções declaradas da pena ficam as funções ocultas⁴, que seriam os interesses camuflados do Estado aplicador das penas, em regra interesses econômicos.

Exemplo destas funções é a contenção de assimetrias, consequência das desigualdades sociais, em que o cárcere funciona como controle social de dada camada da população.

A promissora indústria dos cárceres, em que se pode obter lucro com a cadeia, ideia herdada dos estadunidenses, pauta-se na prisão como instrumento utilizado no subsídio às desigualdades, como a má divisão de renda e a falta de moradia e emprego, que resultam na exclusão social. Neste contexto, ocorre o encarceramento massivo e lucrativo dos indesejados pobres, considerados como não-cidadãos.

Os Estados Unidos foram os pioneiros na mercantilização dos bens públicos, dos quais as penitenciárias não ficaram de fora, no país foram os empresários que impulsionaram o ressurgimento do encarceramento com fins lucrativos⁵. (WACQUANT, 1999, p. 94).

⁴ Tal tema é tratado de forma profusa na obra “*Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*”, do professor Cláudio Alberto Gabriel Guimarães.

⁵ As casas de correção das revoluções burguesa e industrial e seus campos de trabalhos forçados foram condenados pela maioria das cartas políticas e tratados internacionais de direitos humanos. Logo que o trabalho forçado deixou de ser *práxis* nas prisões o Estado e iniciativa privada deixaram de ter interesse nesta área. O capitalismo buscou então outros meios de lucrar com o cárcere.

O lucro é primeiramente extraído da gestão da prisão pela iniciativa privada, obtendo-se mão-de-obra barata, e também pela tirada de circulação do indivíduo potencialmente prejudicial ao mercado. A administração de estabelecimentos prisionais pelo setor privado, ao contrário do que se prega, não tem operado um serviço mais eficiente ou mais barato, bem como não tem conseguido superar problemas como a superlotação e a recuperação dos detentos.

É bem verdade que se a gestão prisional privada não apresentasse uma considerável margem de lucratividade, o setor nunca se interessaria por ela.

As prisões também são atos políticos de demonstração do poder estatal, que visam demonstrar aos seus súditos a sua soberania. Os “eleitores”, como escreve Baumam (2003, p. 24), clamam por segurança e o Estado demonstra que pode oferecê-la, e esta promoção da segurança requer o sacrifício da liberdade, contudo a “segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos *outros*; e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos *outros*”.

A prisão é uma resposta à insegurança e os estados que mais punem são considerados ótimos locais para se investir.

Além disso, a mídia serve para justificar a prisão e a prisão serve para alimentar a mídia, o que se poderia enunciar como outra função oculta do cárcere. Enquanto o aparelho penal do Estado serve de pauta para os noticiários e programas sensacionalistas, estes mantêm a crença de que prender e recrudescer as penas é a solução. Um ideal estatal não sobrevive sem aprovação popular. Este controle de opinião pública tem como principal influenciador a mídia, que através dos jornais de maior aceitação, ou dos programas sensacionalistas que emergem nos meios de comunicação, legitimam a punição estatal e geram audiência, manipulando a consciência das pessoas de acordo com a política adotada pelo veículo. (GUIMARÃES, 2007, p. 268).

5 A SITUAÇÃO CORRENTE DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

A LEP, que regula o procedimento da execução penal no Brasil, de certo modo e apesar das necessárias reformas, é um diploma

eficaz para gestão prisional. Contudo, sua aplicação ainda é precária, o que resulta em uma execução penal não efetiva. As normas de execução prevêm uma série de instrumentos que seriam satisfatórios para o sucesso do procedimento da execução penal, *verbi gratia*, as assistências materiais, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa e à atividade laborativa, além das recompensas e da progressão de regime. Entretanto, na prática, todo este arcabouço de institutos fica somente na ideologia.

O discurso da função da pena, apesar de bonito no texto, não é concretizado, e apenas as funções ocultas acima descritas são alcançadas, ou seja, mais heterogeneidade social.

O sistema penal é autofágico. Ele se alimenta de si mesmo:

Primeiro exclui, depois seleciona e etiqueta o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do que estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado, volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir. É um ciclo vicioso, que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não-excluídos (mas não menos delinquentes). (LOPES JUNIOR, 2002, p. 105-106).

Na pesquisa antes citada, acerca da Casa de Detenção de Pedrinhas (GUIMARÃES, 2008), constatou-se que 77,07% (setenta e sete vírgula sete por cento) dos sentenciados eram reincidentes. Esta é uma primeira característica da execução penal brasileira. Tal fato se dá por uma série de fatores.

Em geral, os funcionários do sistema penitenciário do País não trabalham na área de ressocialização, sendo que quando atuam possuem baixo nível educacional e ganham pouco. Assim, os presídios brasileiros estão despreparados para recuperar presos.

O efeito, pode-se dizer, acaba até mesmo por ser contrário, vez que o preso aperfeiçoa as experiências negativas dentro do cárcere, o que o leva fatalmente de volta à criminalidade com as habilidades delituosas aprimoradas.

O sujeito do crime e a sociedade acabam se tornando vítimas do sistema penal e das instituições que o operacionalizam – Parlamento, Polícia, Ministério Público, Judiciário, Pastas de Segurança e Prisão –, vez que financiam um sistema que acaba por prejudicar suas vidas. Marcão (2003, p. 1) chama esta parcela da população de triplamente vítima: vítima do medo; vítima do crime; vítima da inércia/ineficiência dos seus representantes junto aos Poderes Instituídos.

Outro vetor que se pode adotar como característico do sistema prisional brasileiro é a precariedade dos estabelecimentos, apesar de uma possível variação entre as condições de um estabelecimento para outro e a degradação do ser humano no interior destes.

A situação é agravada pela ideia de que o preso não pode viver melhor do que um pobre livre, logo, tem que sofrer no presídio⁶. O Texto-Base da Campanha da Fraternidade de 1997 da Igreja Católica no Brasil pesquisou e indicou, da seguinte forma, o modo como a sociedade brasileira considera as pessoas presas: a) alguns já nascem bandidos; b) se foram presos é porque não prestam mesmo; c) vivem melhor do que merecem; d) direito é para quem é direito; e) o criminoso é fruto do meio. (CNBB, 1997, p. 11-13).

No Brasil os estabelecimentos penais são classificados em Estabelecimentos para Idosos, Cadeias Públicas (para o recolhimento de pessoas presas em caráter provisório), Penitenciárias (estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de condenados à pena privativa de liberdade em regime fechado), Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares, Casas do Albergado, Centros de Observação Criminológica. (BRASIL, 2008b, p.1). Mas outra característica da execução penal brasileira é a de que na realidade penal pátria a divisão e disposição dos presos não obedece rigorosamente as indicações. É comum o alojamento de presos sentenciados em estabelecimentos para presos provisórios, ou o alojamento de idosos em penitenciárias para presos comuns; é corriqueiro, ainda, a inexistência

⁶ Recentemente, em Serra, no estado do Espírito Santo, o Ministério da Justiça encontrou presos alojados em celas metálicas – contêineres. Cada contêiner possuiu cerca de 40 presos e o local foi considerado absolutamente insalubre. (BRASIL, 2009d, p. 4).

de colônias para o cumprimento do regime semiaberto, o que acaba por prejudicar os presos.

Outra característica a se destacar na execução penal é a falta de acompanhamento médico, religioso, educacional e jurídico, como previsto na LEP. A falta da assistência jurídica, por exemplo, faz com que inúmeros reclusos que fazem jus aos benefícios da execução penal fiquem prejudicados.

Este prejuízo referente aos benefícios não concedidos, não analisados ou sequer requeridos pelo cativo levou, inclusive, ao lançamento de um recente projeto de mutirão de execução penal, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁷, com atuação junto a todos os tribunais criminais do país. Contudo, bem se sabe que esta medida chega a ser irrisória diante da atual conjuntura do sistema penitenciário nacional.

O sistema não adéqua suas instalações satisfatoriamente para dar vazão a toda demanda carcerária. Dados do DEPEN constataram, no último censo penitenciário divulgado em 2008, que, no período entre 2003 e 2007, houve um crescimento real da população carcerária do sexo masculino de 24,87% (vinte e quatro vírgula oitenta e sete por cento). Isto representa uma taxa média de crescimento anual de aproximadamente 7,68% (sete vírgula sessenta e oito por cento).

Por fim, acrescenta-se que em julho de 2008 foi apresentado o relatório final de uma CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito – da Câmara de Deputados, que tratou exatamente sobre a situação do sistema carcerário brasileiro, a CPI também ficou conhecida como CPI do “Apagão Carcerário”. Infelizmente, o próprio Estado, atra-

⁷ Programa lançado em 2008 e amplamente difundido na imprensa, maiores informações podem ser obtidas em www.cnj.jus.br. O mutirão já encontrou situações absurdas pelo país, recentemente a Revista Consultor Jurídico noticiou que o “Conselho Nacional de Justiça descobriu o que considera ser um dos casos mais graves da história do Judiciário no país. O lavrador Valmir Romário de Almeida, de 42 anos, passou quase 11 anos preso no Espírito Santo sem nunca ter sido julgado.” Ou ainda o fato de que “No Maranhão uma pessoa ficou oito anos presa quando sua pena era de quatro anos. No Piauí e em Pernambuco, foram encontrados presos que já haviam sido absolvidos pela Justiça”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-26/lavrador-fica-presos-11-anos-ir-julgamento-es>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

vés do relatório da CPI, comprovou a perversa situação do sistema de execução de pena privativa de liberdade no Brasil⁸.

6 SOLUÇÕES E RUMOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Após a análise da situação prisional brasileira, é inquestionável que soluções devem ser implantadas com urgência para mudança do quadro atual. Sem estender-se nas especificações de cada

⁸ “A CPI observou a total ausência nas cadeias e presídios brasileiros de gente de posses, embora sejam freqüentes as denúncias publicadas pela mídia, relatando o envolvimento de pessoas das classes média e alta em crimes de homicídio, corrupção, fraude, acidente de trânsito e outros classificados como delitos do “colarinho branco”. São rotineiras e em elevado número as prisões de envolvidos com estes tipos de crimes, mas a permanência dos mesmos atrás das grades é uma raridade”. (BRASIL, 2008a, p. 34).

“O sistema prisional brasileiro é o quarto do mundo em número de pessoas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões de presos), China (1,5 milhão de presos) e Rússia (870 mil presos).

De acordo com a última contagem da população, recenseada e estimada pelo IBGE em 2007, a população total do Brasil é de 183.987.291 habitantes.

Pelo relatório do DEPEN de dezembro/2007, a população carcerária brasileira é estimada em 422.590 presos, assim distribuídos: cerca de 422.373 presos nos sistemas penitenciários estaduais, 109 presos da Penitenciária Federal de Catanduvas (PR) e 108 presos da Penitenciária Federal de Campo Grande (MS).[...] Em relação à capacidade de ocupação, verifica-se que o número de vagas do sistema penitenciário brasileiro totaliza 275.194 vagas, assim distribuídas: 25.679 vagas nos estabelecimentos policiais (9,33%), e 249.515 vagas no sistema prisional (90,67%).[...] Os presos primários e reincidentes foram estimados em aproximadamente 220.223, sendo que: 94.209 são presos primários com uma condenação (42,79%); 51.575 são presos primários com mais de uma condenação (23,42%); e 74.439 são presos reincidentes (33,80%). [...] Em relação ao grau de instrução, 8,15% dos presos são analfabetos, 14,35% são alfabetizados, 44,76% possuem o ensino fundamental incompleto, 12,02% possuem o ensino fundamental completo, 9,36% o ensino médio incompleto, 6,81% o ensino médio completo, 0,9% o ensino superior incompleto, 0,43% o ensino superior completo, menos de 0,1% nível acima do superior completo. Não foi informada a escolaridade de 3,14%”. (BRASIL, 2008a, p. 57-60).

“O Brasil conta com excelente aparato jurídico relativo ao Direito Penitenciário. A Constituição Federal contém importantes princípios gerais referentes às mulheres, aos direitos dos presos e à pena. A Lei de Execução Penal (LEP) é uma das mais avançadas do mundo e está em vigor há 24 anos. Há várias outras leis bastante precisas. Por outro lado, existe um conjunto infraconstitucional de instrumentos jurídicos que detalha, de forma pormenorizada, aspectos variados da vida carcerária. [...] Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano”. (BRASIL, 2008a, p. 174).

sugestão, elencam-se a seguir algumas saídas, que são postas como válidas para alcançar melhorias no sistema carcerário, por parte da doutrina e da sociedade que atuam no setor, da qual destacamos os escritos dos seguintes seguimentos: o texto-base da campanha da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, realizada em 1997 com o tema “A fraternidade e os encarcerados”; as propostas do relatório final da CPI do Sistema Carcerário, do ano de 2008; o texto-base da “1ª Conferência Nacional de Segurança Pública”, organizada pelo Ministério da Justiça, e realizada em agosto de 2009; o Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Estado do Maranhão, elaborado em conjunto pelo DEPEN e pela Secretaria de Estado de Segurança Cidadã; e o documento de conclusões do “1º Seminário Sobre o Sistema Carcerário Nacional”, organizado pelo CNJ, em abril de 2009, na cidade do Rio de Janeiro.

As sugestões são as que seguem:

a) redução imediata da população carcerária, visto que os estabelecimentos prisionais estão superlotados sem que todos os presos ali colocados sejam realmente merecedores da privação de liberdade⁹. Para concretização dessa realidade é necessária uma atuação conjunta e incisiva das instituições ligadas à segurança pública: Judiciário; Diretores de estabelecimentos prisionais; Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados, Secretarias de Segurança, e outros;

b) implantação do sistema de monitoramento eletrônico de apenados, que poderão, de acordo com a gravidade do crime, cumprir sentença de restrição de liberdade fora do presídio, em casa, *verbi gratia*. Um projeto de lei que modifica o Código de Processo Penal (PL 1.288/07/Câmara) prevê a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado e cria a modalidade de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico;

c) rígida atenção dos benefícios da execução penal e dos princípios constitucionais dos detidos, que como já demonstrado, sua inobservância acaba por inflar o sistema penitenciário. Neste

⁹ Conforme acima referido, o “Mutirão Carcerário” já encontrou diversas pessoas presas irregularmente, ver segunda parte da nota n. 9.

ponto, reforçar as Defensorias Públicas é indispensável, “Sem defensores não há processo e uma Defensoria que se limite apenas a completar um cenário não protagoniza um verdadeiro processo penal”. (ZAFFARONI, 2009, p. 17);

d) descriminalização das contravenções penais e demais delitos de gravidade insignificante, como bem explana Bitencourt (2006, p. XXVII), “Ignoram nossos legisladores que a *criminalização* de uma conduta somente se justifica como *ultima ratio*, isto é, quando os demais ramos do direito revelaram-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”;

e) maior aplicação das penas alternativas à prisão (BITENCOURT, 2006, p. 111-180), com conseqüente descarceirização. O Plano Diretor do Sistema Penitenciário – que é um mecanismo de planejamento que contém um conjunto de ações a ser implementado pelas Unidades Federativas, a curto, médio e longo prazo, visando o cumprimento dos dispositivos de Lei de Execução Penal, e nas diretrizes da política criminal emanadas do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – estabeleceu como meta número 10 (dez) o fomento à aplicação de penas e medidas alternativas à prisão;

f) imposição de cláusula obrigatória para limite de lotação, impedindo, sem exceções, o recebimento de presos além do suportado pelo estabelecimento prisional. Batista (1990, p. 131) leciona que o deputado francês Gilbert Bonnemaïson elaborou um relatório para o Ministério da Justiça francês contendo 100 (cem) sugestões concretas para reforma do sistema penitenciário daquele país. Dentre as problemáticas observadas a superpopulação era considerada a mais grave, a exemplo do que acontece no Brasil; o remédio para questão foi a adoção da cláusula de limite de lotação¹⁰.

¹⁰ Batista (1990, p. 131) resume a proposta do deputado Bonnemaïson afirmando que “se uma penitenciária foi projetada para a convivência de 500 presos, quando chega o 501º a administração tem que escolher um entre os internos, aquele com melhor prognóstico de adaptabilidade social, e impor-lhe um domicílio vigiado eletronicamente. Ele vai para casa com uma geringonça irremovível no pulso, que emite um sinal tão logo seja transposto um determinado perímetro, dentro do qual lhe é facultado deslocar-se. E dentro da penitenciária, feita para 500 presos, somente ficam 500 presos”.

g) a instalação de patronatos de assistência ao egresso¹¹. “A falta de um acompanhamento efetivo do egresso é, inegavelmente, uma das causas do grande índice de reincidência, além dos outros condicionantes que independem de nossa ação direta”. (CNBB, 1997, p. 55).

h) melhor formação dos profissionais que atuam nos estabelecimentos prisionais, descaracterizando a sua característica de inimigo do preso¹².

i) mudança da mentalidade da população em relação ao cumprimento das penas: este ponto é crucial, tanto para ajudar na assistência aos apenados como para alteração do quadro ideológico. O fomento a medidas que visem a implantar e aprimorar os Conselhos da Comunidade é um grande passo para tal conquista. (CNJ, 2009, ação n.º 11). A melhor maneira de a sociedade se defender da reincidência é acolhendo o condenado, não apenas como um autor de delito, mas na sua condição inafastável de ser humano. É impossível promover o bem sem uma parcela, ainda que mínima, de doação e compreensão, que, contudo, só será válida se espontânea. A compreensão e doação, quando oriunda do Estado, serão sempre “programas”, sendo, sem dúvida, positivas, mas menos eficientes que as provenientes da comunidade. (MARCÃO, 2009, p. 87);

j) ações genéricas visando encurtar as distâncias sociais – educação, cuidados sanitários e alimentares, tratamento de dependentes de drogas, emprego e formação profissional, combate à discriminação etc.

¹¹ Este trabalho evita que os ex-encarcerados sejam vistos pela sociedade apenas com base no seu passado, como bem escreveu Carnelutti (2006, p. 77): “O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser. A sociedade fixa cada um de nós ao passado. O rei, ainda quando, segundo o direito, não é mais rei, é sempre rei; e o devedor, porquanto tenha pago seu débito, e sempre devedor. Este roubou; condenaram-no por isso; cumpriu sua pena, porém...

Neste porém, dizia, está a crueldade e o engano. Porém poderia roubar ainda; afirmo: trabalho não lhe dou. Assim as pessoas raciocinam”.

¹² Sobre o tema, o texto-base da 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública esclarece que: “A qualificação dos trabalhadores e gestores da administração penitenciária, de forma permanente, é a única maneira de garantir que esses profissionais estejam capacitados para lidar com um cotidiano repleto de desafios e que demanda especializações em áreas diversas, tais como saúde, educação e segurança”. (BRASIL, 2009, p. 35).

–, como visto o sistema penal é seletivo e atinge geralmente as camadas mais vulneráveis. À medida que esta estratificação é reduzida a própria sociedade não tolera uma seletividade tão exacerbada;

k) por fim, apesar de não esgotar as sugestões, propõe-se o método da APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, que é um modelo de gestão do estabelecimento prisional de forma diferenciada, concretizando verdadeiramente as garantias previstas na Constituição Federal e na Lei de Execuções, com o apoio da comunidade, unindo-se um ideal religioso e social, que buscava evangelizar e humanizar o tratamento do preso, e o serviço voluntário, tudo isso fiscalizado pelas autoridades competentes¹³.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas razões expostas no presente artigo, está comprovado que historicamente o cárcere para aplicação final da pena foi instituído como uma forma de gestão diferenciada da sociedade, atingindo camadas específicas da população, etiquetando e excluindo estes indivíduos.

Esta forma de punir foi acolhida pelo Brasil como a resposta mais repressiva à criminalidade, apresentando-se funções que compõem o discurso oficial do Estado, como a ressocialização dos punidos, que deveriam retornar a sociedade, após cumprida sua pena, como uma nova pessoa.

Entretanto, a realidade demonstra exatamente o contrário, as razões de fundo do surgimento da pena privativa de liberdade, no contexto do início do Estado Moderno, prevalecem, e o sistema criminal enquadra apenas determinada camada da população que, em geral, já eram desde cedo excluída; o cárcere ocupa-se apenas de excluí-los e marginalizá-los mais ainda.

O Estado, com o tempo, aprimorou a prisão para funcionar como uma forma de selecionar e excluir aqueles que soltos não serviam aos interesses políticos e econômicos da nação, sob o pretexto de puni-los e reeducá-los para serem devolvidos nos moldes da sociedade.

¹³ A APAC funciona de maneira mais intensa no Estado do Minas Gerais, mas existem APACs implementadas em outros 08 (oito) estados.

Como resultado dessa exclusão, a função retributiva até que acaba por ser realizada, mas a função de educar e socializar dista quilômetros de seus objetivos, acaba até mesmo por se perfazer em uma fábula. As pessoas, de maneira geral, condenam as práticas atrozes cometidas pelos tribunais de inquisição no medievalismo, abominam o tratamento degradante dispensado aos escravos no Brasil ou qualquer outro tipo de barbárie praticada pelos impérios no decorrer da história. Entretanto, passa despercebida a violência estatal praticada através do cárcere.

O pensamento jurídico avançou, vive-se em um momento em que a Carta Constitucional apresentou princípios voltados à defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade; os tratados de direito internacional buscam cada vez mais apresentar valores supranacionais que devem reger, mais humanisticamente, todo o planeta.

Como puderam ser observados por meio das ideias expostas no presente trabalho, os direitos carecem de uma “prática da efetividade”, é preciso que a Constituição, a Lei de Execução Penal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos sejam “para valer”, é forçoso transformar as proclamações normativas em realidade prática.

A não efetividade do ambicioso plano social apresentado no campo normativo se reflete em um país desigual. A competição ainda reina sobre a solidariedade; o consumo ainda prevalece sobre o humanismo. Os reflexos dessa não efetividade são sentidos não apenas no cárcere e na segurança pública, irradiam-se também sobre as outras áreas resguardadas pelos princípios constitucionais: a saúde pública, a educação, as relações de trabalho, o lazer, o meio ambiente etc.

Ficou suficientemente demonstrado que apesar dessa mudança de paradigma com relação aos direitos humanos, os avanços não se coadunam com condições precárias dos cárceres no Brasil. A prisão é um “teatro” que, assim como as cruces, as arenas de gladiadores e as fogueiras, revelam o lado mais sombrio da espécie humana.

É preciso encontrar instrumentos para destituição desta mentalidade, para inserção do pensamento de que deve existir um sistema jurídico-penal mais justo, que respeite os direitos humanos e, em primeiro lugar, seja igualitário e mínimo – com a necessária diminuição do uso da pena privativa de liberdade. O modo de pensar a prisão é apenas

um passo que a sociedade deve dar para corrigir suas mazelas e diminuir sua estratificação. É preciso fazer isso, seja por uma necessidade moral e social, seja pelo respeito ao ser humano ou, simplesmente, seja pela obediência aos princípios constitucionais de direitos fundamentais de um Estado que diz ser Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Ordenações Filipinas**. Rio de Janeiro: Edição de Cândido Mendes de Almeida, 1870. 5v. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. [2001] Disponível em: <<http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2008.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direito humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. **Trabajo, Consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

BECKER, Gary S.. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, 1968, p. 169-217. Disponível em: <<http://www.wiwi.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2010.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. **Bíblia sagrada**. São Paulo: Paulus, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **População carcerária brasileira (quinqüênio 2003-2007): evolução & prognóstico.** 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

_____. Câmara dos Deputados. **CPI do Sistema Carcerário:** relatório final: julho/2008. 2008a. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias53/cpi/cpis-encerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Dados consolidados 2008.** 2008b. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema prisional. 2008c.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ-D574E9CEITEMIDAB2EF2D92895476E8516E63C78FC7C4CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Conclusões do I Seminário sobre o Sistema Carcerário Nacional.** 2009b. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/site/conteudo/upload/14688/20090417_conclusao.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2009.

_____. Ministério da Justiça. **1ª Conferência Nacional de Segurança Pública (2009):** texto-base. 2009c. Disponível em: <http://www.conseg.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=87&Itemid=94>. Acesso em: 1º ago. 2009.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de inspeção no estado do Espírito Santo:** 16 a 17 de abril de 2009. 2009d. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-presidio-e2.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

CARNELLUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** 7. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

CNBB. **Campanha da fraternidade 1997**: fraternidade e os encarcerados: Cristo liberta de todas as prisões: texto-base. Brasília: CNBB, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Os novos rumos do sistema penitenciário brasileiro. In: FÓRUM DE ATUALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. São Luís, 2008.

JOSEFO, Flávio. **História dos hebreus**: de Abraão à queda de Jerusalém. 8. ed. Rio de Janeiro: Casa Publicadora das Assembléias de Deus, 2004.

KRAEMER, Doraci Weber. **A constituição do sujeito na prisão**: um estudo sobre as práticas de resistência na penitenciária de segurança máxima de Londrina. 2005. 108 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

LAVRADOR fica preso 11 anos sem ir a julgamento. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-26/lavrador-fica-preso-11-anos-ir-julgamento-es>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

MARCÃO, Renato. Crise na execução penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3661>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

_____. **Curso de execução penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Veja, 1993.

SANCHEZ, Giovana. Matança Oficial: que tipos de pena de morte são usados atualmente? **Super interessante**, São Paulo, n. 238, abr. 2007. Disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/2007/conteudo_497541.shtml>. Acesso em: 15 jul. 2009.

WACQUANT, Loïc. **As prisões de miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. Entrevista. In: **Sistema de justiça: saiba como participar: material de divulgação da 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública (Conseg)**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

*Jorge Fernando dos Santos Ribeiro**

O sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de auto-determinar-se), seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de auto-determinação que foi necessário atuar. Isso não significa que com a pena nada seja retribuído, mas apenas o estabelecimento de um limite à ação preventiva especial ressocializadora que se exerce sobre uma pessoa. De outra parte, a inclinação ao delito, além de não ser demonstrável, possui o sério inconveniente de, muito freqüentemente, ser resultado da própria ação prévia do sistema penal, com o que se iria cair na absurda conclusão de que o efeito aberrante da criminalização serve para agravar as próprias conseqüências, e, em razão disso, para aprofundar ainda mais a sua aberração.

[...]

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que é o direito penal de autor; podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal em que não se proíbe

* Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco/UNDB. Especializando em Direito Constitucional pela UNIDERP/REDE LFG. Advogado. Membro da Comissão de Acompanhamentos dos Juizados Especiais da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Maranhão. E-mail: jorgefernando_84@hotmail.com

o ato em si, mas o ato como manifestação de uma 'forma de ser' do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e o reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como o 'ser ladrão', não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro como o ser delinqüente sexual etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 114-115).

Resumo: O presente artigo versa sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, que defende que o Direito Penal deve ter uma aplicação bem mais rigorosa para os criminosos habituais ou autores de determinados delitos, podendo puni-los antecipadamente, mesmo que não tenham praticado qualquer infração, visto que eles não apresentam nenhuma garantia de que vão cumprir a norma. Desse modo, demonstra-se a sua origem histórica, conceito, características, manifestação no Brasil, assim como serão feitas algumas críticas à aludida teoria.

Palavras-chave: Cidadão. Direito penal. Direitos fundamentais. Günther Jakobs. Inimigo.

Abstract: The present article is about the theory of the Criminal Law of the Enemy developed by Günther Jakobs, who defends that the Criminal law must have a more rigorous application to the customary criminals or authors of determinate delicts, in a way that it can punish them in advance, even if they have not committed any infraction, whereas they have no guarantee that they will fulfill the rule. This way, it is demonstrated its historical origin, concept, characteristics, manifestation in Brazil, as well as it will be done some criticisms to the alluded theory.

Keywords: Citizen. Criminal Law. Fundamentals Rights. Günther Jakobs. Enemy.

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs – catedrático emérito

de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn, Alemanha; diretor do Seminário de Filosofia do Direito da Universidade de Bonn –, que defende uma aplicação bem mais severa do Direito Penal para os criminosos habituais ou autores de determinados delitos.

O tema é bastante amplo, gerando vários debates doutrinários sobre sua legitimidade. Sendo assim, optou-se por discorrer sobre sua origem histórica, conceito, características, manifestação no Brasil, assim como serão feitas algumas críticas à aludida teoria.

2 ORIGEM E CONCEITO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada pela primeira vez por Günther Jakobs no ano de 1985, quando o autor, em uma Jornada de Direito Penal, realizada na cidade de Frankfurt am Main, Alemanha, apresentou o trabalho intitulado *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung* (“Criminalização em um estágio prévio à lesão do bem jurídico”) (PINTO NETO, 2007, p. 10), em que confrontou a teoria do Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*), “o qual otimiza as esferas de liberdade”, com a teoria do Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), “que potencializa a proteção a bens jurídicos”, buscando estabelecer uma distinção entre ambas. (MALAN, 2006, p. 224).

A teoria do Direito Penal do Cidadão se manifesta na descrição de uma conduta delituosa e a previsão de uma sanção para quem comete o delito. Trata-se de uma resposta da sociedade para aquele que comete um fato criminoso; porém, não devendo esquecer de tratá-lo como pessoa, ou seja, deve lhe ser assegurada todas as garantias que a lei prevê, a exemplo, a observância ao contraditório. (MALAN, 2006, p. 225-226).

Com efeito, para a teoria do Direito Penal do Inimigo, a pena tem como uma de suas funções a eliminação de um perigo. Para atingir tal objetivo, alguns indivíduos, como, por exemplo, os terroristas, poderiam ser punidos antecipadamente, mesmo que não tivessem cometido nenhum delito, visto que eles não apresentam nenhuma garantia de que

vão cumprir a norma. Pelo contrário, tudo leva a crer que irão continuar a cometer delitos e, por essa razão, devem ser tratados como “não pessoa”. (MALAN, 2006, p. 226)¹.

Para que o leitor possa melhor compreender o que vem a ser Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, é imprescindível a transcrição do exemplo que Günther Jakobs apresenta em relação ao tratamento que o Direito Penal dá ao cidadão e ao inimigo.

Günther Jakobs afirma que:

[...] o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo (p. 22, 22 StGB), um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a corresponde ao autor de uma tentativa de homicídio, já quando funda ou leva a cabo atividades dentro desta (p. 129^a StGB), isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão. Materialmente é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina “pena”. (JAKOBS, 2008, p. 37-38).

¹ Cf. PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 41-42, mar./abr. 2004.

Ao confrontar as aludidas teorias, o autor manifestou sua insatisfação com a técnica legislativa adotada por alguns países, entre eles a própria Alemanha, que legitimava a antecipação de punibilidade, tendo como fundamento, somente, a suposição de uma “inimizade” do indivíduo com o bem jurídico. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 118).

O raciocínio era que, ao restringir a liberdade do indivíduo, ter-se-ia, como consequência lógica, o fortalecimento da proteção ao bem jurídico; de modo que, enquanto a liberdade do indivíduo fosse sendo restringida, a proteção ao bem jurídico estaria sendo fortalecida, uma vez que a ameaça de perigo seria aniquilada antes que houvesse ocorrido alguma lesão. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 119).

Ocorre que, apesar de, no sobredito trabalho, ter criticado veementemente a técnica legislativa que antecipava as barreiras de punibilidade, Günther Jakobs mudou de opinião, passando a defender a imprescindibilidade de referida técnica, batizada de Direito Penal do Inimigo. (NEUMANN, 2008, p. 156)².

Günther Jakobs começou essa mudança de pensamento em 1999, ao proferir uma palestra na Conferência do Milênio realizada em Berlim, Alemanha, dedicada à “ciência jurídico-penal alemã frente à mudança de milênio”, em que o jurista alemão passou a defender a tese de aceitação parcial da teoria do Direito Penal do Inimigo, que seria “um mal menor”. (PINTO NETO, 2007, p. 10).

Já no ano de 2003, o renomado jurista alemão publicou um trabalho com o título “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo” (Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo). Com essa publicação, Günther Jakobs passa a aceitar totalmente a teoria do Direito Penal do Inimigo, citando os atentados terroristas de 11 de setembro para justificar sua imprescindibilidade. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 122).

² Prittwitz (2004, p. 42) afirma que: “Para justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão “não pessoa”) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora – e *Jakobs* apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo”.

3 CARACTERÍSTICAS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No presente sub-tópico, tratar-se-á de 3 (três) características básicas do Direito Penal do Inimigo, a saber: a) a antecipação das barreiras de punibilidade; b) o aumento significativo da pena para os tipos penais do “inimigo”; e c) a relativização de garantias penais e processuais³.

3.1 A antecipação das barreiras de punibilidade

A antecipação das barreiras de punibilidade, ao contrário do que possa parecer, não é uma peculiaridade privativa do Direito Penal do Inimigo. O que ocorre na realidade é que essa técnica legislativa está profundamente ligada à imprescindibilidade de proteção aos bens jurídicos de caráter difuso e coletivo como, por exemplo, o meio ambiente. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 136).

Nesse contexto, ressalte-se, o que interessa, no desenvolvimento deste trabalho, é a antecipação das barreiras de punibilidade no que se refere exclusivamente à teoria do Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo se vale da técnica legislativa de antecipação das barreiras de punibilidade para garantir que o inimigo fique o mais distante possível dos bens jurídicos. Por esse motivo, Jakobs afirma que “*O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo* (em sentido amplo: incluindo o Direito das

³ Gomes (2008) apresenta as seguintes características: “(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade”.

medidas de segurança) *combate perigos*”. (Grifos constam no original) (JAKOBS, 2008, p. 30, grifo do autor).

Destarte, a mera possibilidade de perigo passa a ser criminalizada com fundamento apenas em uma característica pessoal, pois aquele que tem como atributo pessoal um comportamento desviado sempre se comportará dessa maneira, de modo que não pode receber o mesmo tratamento que recebe um cidadão. Deve sim, ser encarado como um inimigo, punindo-se até os atos preparatórios, mesmo que não tenha sido dado início a qualquer ato de execução⁴.

3. 2 O aumento significativo da pena para os tipos penais do “inimigo”

Uma das principais características da teoria do Direito Penal do Inimigo é justamente a que se passa a comentar agora, a saber: o aumento expressivo das penas para determinados tipos penais.

Para o catedrático da Universidade de Bonn, o aumento da pena cominada abstratamente para quem comete determinados delitos, quais sejam: crimes sexuais, envolvimento com crime organizado, tráfico ilícito de entorpecentes, criminalidade econômica e terrorismo; não deve guardar nenhum tipo de relação com a culpabilidade, mas “sim com a quantidade da pena necessária para estabilizar as expectativas normativas da sociedade (Direito Penal do cidadão) e com o grau de periculosidade fornecido pelo inimigo (Direito Penal do inimigo)”. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 141). Isso porque está evidente que aqueles que cometem os delitos supramencionados se distanciam, como Jakobs afirma, “provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporcionam a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”, por essa razão devem ser tratados como “não pessoa”. (JAKOBS, 2008, p. 35).

⁴ Jakobs (2008, p. 49) afirma que: “Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído”.

3. 3 A relativização de garantias penais e processuais

Assim como a antecipação das barreiras de punibilidade e o aumento significativo da pena para os tipos penais do “inimigo”, a relativização de garantias penais e processuais vem ganhando força, tornando-se uma arma que constantemente tem sido utilizada no combate ao crime organizado e ao terrorismo.

A diminuição das garantias penais e processuais tem como finalidade derrubar qualquer barreira que possa impedir a punição mais severa do inimigo. De modo mais claro, tal diminuição procura facilitar a sua condenação, legitimando o poder punitivo do Estado, sem observância aos limites estabelecidos pela Constituição.

O advogado criminalista André Luís Callegari e o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Nereu José Giacomolli, ao escreverem o prólogo da obra de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, demonstram sua insatisfação ao desrespeito dos limites estabelecidos pela Constituição, asseverando que:

Os paradigmas preconizados pelo ‘Direito penal do inimigo’ mostram aos seus ‘inimigos’ toda a incompetência Estatal, ao reagir com irracionalidade, ao diferenciar o cidadão ‘normal’ do ‘outro’. A excepcionalidade há de ser negada com o Direito penal e processual penal constitucionalmente previstos, na medida em que a reação extraordinária afirma e fomenta a irracionalidade.

Defendemos que a intervenção do Estado, através do Direito penal, encontra limites na Carta Constitucional. Por isso, o tratamento há de preservar as garantias constitucionais substanciais e formais, sob pena de não ser direito penal legítimo.

A supressão e a relativização das garantias constitucionais despersonalizam o ser humano, fomentando a metodologia do terror, repressiva de idéias, de certo grupo de autores, e não de fatos. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 18).

Pode-se citar como exemplos dessa diminuição das garantias penais e processuais, dentre outros: a) um regime tendente a tomar decisões mais severas; b) a incomunicabilidade do acusado, até mesmo com o seu advogado; c) a proibição de apelar em liberdade; d) a proibição da concessão de liberdade provisória; e, e) a proibição da progressão de regime.

Assim, Jakobs (2008, p. 40) preleciona:

Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. [...], como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas. Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com o seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa.

Ademais, Manuel Cancio Meliá alerta que essa flexibilização das garantias penais e processuais faz com que o processo penal deixe de observar o delito para averiguar a personalidade do autor. Em suma: em vez de verificar se realmente houve lesão a um bem jurídico penalmente relevante, a prioridade é saber se a pessoa é ou não inimigo⁵.

4 CRÍTICAS À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Após essa noção do que vem a ser a Teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs – em que se enfatizou sua origem, conceito

⁵ Cf. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81 e MORAES, Alexandre Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. 2006. Dissertação (Curso de Direito) - Pontifícia Universidade Católica De São Paulo, São Paulo. 2006.

e características –, expõe-se agora críticas que a doutrina apresenta em relação a essa teoria.

4. 1 O Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor

Uma das fortes críticas que giram em torno da teoria do Direito Penal do Inimigo consiste em que ela deixa de lado os fundamentos tradicionais do Direito Penal liberal-clássico, que penitencia a partir de fatos, ou seja, na constatação de que ocorreu um fato típico, antijurídico e culpável. Em suma, o Direito Penal do Inimigo não pune com base nos fatos, na culpabilidade do indivíduo, e sim na constatação de que o autor do fato é um violador nato do ordenamento jurídico vigente, o indivíduo é punido não pelo que ele fez e sim pelo que ele é⁶.

É pertinente citar a lição de Ferrajoli (2002, p. 185) que, em sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, comenta sobre o tipo normativo do autor que remete ao período nazista, afirmando:

[...] nas doutrinas políticas e jurídicas do período nazista, a transformação ética do direito chegou a fazer com que o princípio da legalidade passasse a ser o irracional e decisionista *Füshrerprinzip*, consentido no ingresso, no Direito Penal, de o mais exasperado substancialismo e subjetivismo, mediante as nefastas figuras do ‘tipo normativo do autor’ (*Tätertyp*) ou do ‘inimigo’ (do povo do Estado), identificados, a despeito de fatos cometidos ou não, com base, simplesmente, na atitude interiormente infiel ou antijurídica do réu.

Nesse diapasão, Dotti (2005. p. 9-10) destaca que a teoria do Direito Penal do inimigo é a “ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o enfoque do preconceito social, re-

⁶ Cf. GUIMARÃES, Justino da Silva. Sistema Penal Máximo: o movimento de lei e ordem e o Direito Penal do inimigo como subsistemas de controle social punitivo. A mídia como controle informal do sistema. Vias contraditórias do Direito Penal garantista. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**, São Luís, n. 14, p. 219-251, jan./dez. 2007.

novando antigas teorias e práticas com nova roupagem ideológica e escuridão do espírito”.

Na teoria desenvolvida por Günther Jakobs, além do princípio da legalidade, também é violado o princípio da igualdade, pois, conforme já afirmado várias vezes ao longo deste trabalho, o catedrático alemão levanta a bandeira de que o direito penal do cidadão deve ser aplicável somente àqueles indivíduos que participam de uma “comunidade legal”, eliminando-se os que preferem dela não participar, tentando destruí-la, a exemplo, os terroristas. (DOTTI, 2005. p. 9-10).

4.2 O Direito Penal do Inimigo como estratégia de (re)configuração social

Outra grande crítica feita acerca do Direito Penal do Inimigo é que ele age como mero instrumento de controle social, descuidando-se totalmente da proteção dos bens jurídicos imprescindíveis para a garantia de um harmonioso convívio em sociedade. Isso significa que a teoria de Jakobs se aproxima bastante da estratégia de reconfiguração social. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 156).

A teoria do Direito Penal do Inimigo aproxima-se muito da estratégia de reconfiguração social, porque a aludida teoria se preocupa em interferir apenas nas condutas “que afetariam elementos de especial vulnerabilidade em relação à identidade social, podemos dizer que se estes elementos fossem seriamente questionados, poderiam por em dúvida o ‘normal’ funcionamento da sociedade”. (BINATO JÚNIOR, 2007. p. 156).

Assim, entende-se que o Estado passa a agir incorretamente e de modo irresponsável, a partir do momento em que exclui da sociedade um determinado grupo de indivíduos pelo fato de terem cometido os delitos supramencionados; pois o Estado deixa de agir de forma moderada e passa a atuar de maneira desproporcional, desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros que dele derivam⁷.

⁷ Binato Júnior (2007, p. 156), em sua excelente dissertação de mestrado, faz a seguinte ponderação: “Quando o Estado, por meio de uma declaração unilateral, conclui que uma parcela de seus habitantes não são cidadãos, mas inimigos, a tendência natural é a de um acirramento

4.3 O Direito Penal do Inimigo como violador dos direitos humanos

Outra forte crítica à teoria do Direito Penal do Inimigo fundamenta-se no sentido de que ele seria um violador dos direitos humanos. Estes, diga-se de passagem, têm como documento de maior representatividade a **Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi** adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Portanto, existe um grande questionamento feito pelos críticos do Direito Penal do Inimigo, a saber: tal teoria pode coexistir em um Estado Democrático de Direito, em que sua Constituição assegura aos seus membros direitos e garantias fundamentais como o respeito à integridade física e moral do preso, individualização da pena, a vedação de penas cruéis, a vedação da tortura, tratamento desumano ou degradante, o devido processo legal, o princípio da legalidade, o princípio da presunção de inocência, o princípio da proporcionalidade, entre outros?

Entende-se que não, devido a um motivo simples: é inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, que seja permitida a existência da categoria de “inimigo” e a categoria de “cidadão”; de forma que para este é assegurado o respeito a todos os direitos e garantias fundamentais, enquanto para aquele haja várias restrições e, em alguns casos, abolição desses direitos.

Eugenio Raúl Zaffaroni vai mais longe. Para o ministro da Suprema Corte Argentina o direito penal do inimigo restringe os direitos e garantias fundamentais não só dos inimigos, e sim de todos os cidadãos,

pois admitir um tratamento penal diferenciado para *inimigos* não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais

desse conflito, que passa então efetivamente a ser resolvido na esfera da violência, uma vez que todos os canais democráticos de solução de problemas são fechados. Afinal, pessoas quando são declaradas como inimigos, a tendência é que a partir daí elas comecem a agir como se inimigos fossem (ainda que antes assim não se sentissem), de modo que este pretenso endurecimento estatal tende a ser contraproducente, não apenas em um nível teórico, [...], mas em um nível prático também, gerando apenas um alargamento das diferenças outrora existentes”.

autoritário sobre toda a população, como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes.

Imaginar que é possível incrementar o poder punitivo com relação a *inimigos* não identificáveis *ab initio* é uma ingenuidade, para não dizer uma falta de senso. O que se discutirá, nesse caso, será se é possível reduzir as garantias de toda a população frente ao aparato repressivo e impor-lhe os controles, limitações e eventuais penalidades indevidas como conseqüência, em homenagem a uma pretensa e mais do que duvidosa eficácia da empresa *humanitária* do poder punitivo que declara perseguir apenas a neutralização do risco da emergência do momento. (ZAFFARONI, 2007, p. 178).

Além disso, outro forte argumento que se tem a favor do ponto de vista aqui defendido é que, no caso do Brasil, o próprio ordenamento jurídico, nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal⁸, veda qualquer tentativa de abolição aos direitos e garantias individuais.

5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

O legislador constituinte de 1988, preocupado com o aumento da criminalidade em nosso país e a insegurança da população, editou a norma do artigo 5º, XLIII que passou a prever tratamento mais rigoroso para aqueles indivíduos que praticarem os seguintes delitos: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos em lei como crimes hediondos.

⁸ Art. 60 (...)

(...)

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.

Ainda de acordo com o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, os crimes supramencionados serão inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, além de responderem por eles os mandantes, os executores e aqueles que, podendo evitá-los, se omitirem.

Com efeito, o legislador constituinte originário não mencionou quais os crimes seriam considerados como hediondos, ficando o legislador ordinário incumbido da missão de estabelecer um critério para classificar e definir quais os crimes que seriam assim considerados.

Contudo, somente no início da década de 90 (noventa), período em que a população voltou, através da imprensa e de maneira muito mais intensa, a demonstrar sua insegurança em face ao crescimento da criminalidade e passou a exigir do Poder Legislativo a edição de leis cada vez mais severas, é que foi aprovada a Lei nº. 8.072, publicada em 25 de junho de 1990 e entrando em vigor na mesma data. Tal lei ficou conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos.

É interessante mencionar que a lei nº 8.072/1990, em sua redação original, considerava como crime hediondo o latrocínio (artigo 157, § 3º, *in fine*), a extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º), a extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (artigo 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (artigo 213, *caput* e sua combinação com o artigo 223, *caput* e parágrafo único), atentado violento ao pudor (artigo 214 e sua combinação com o artigo 223, *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (artigo 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (artigo 270, combinado com o artigo 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº. 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados⁹.

É certo que a Lei dos Crimes Hediondos, não fugindo à regra geral do sentimento que nutre a sociedade toda vez que é sancionada uma lei penal ou processual penal mais severa, trouxe consigo a ilusão de uma segurança jurídica, pois grande parcela da sociedade

⁹ Cf. as Leis de nº 8.930, de 06 de setembro de 1994, 9.695, de 20 de agosto de 1998 e 11.464, de 28 de março de 2007, 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alteraram alguns dispositivos da Lei nº. 8.072, de 25 de junho de 1990.

acreditava que, a partir do momento em que a referida lei passasse a vigorar, a consequência lógica seria o desaparecimento ou o registro de um número insignificante da prática dos crimes nela considerados como hediondos.

Logo, quando se afirma que a Lei dos Crimes Hediondos trouxe consigo a ilusão de uma segurança jurídica, é porque se acredita que uma forma eficiente para reduzir a criminalidade não é a aplicação de penas mais severas e/ou a relativização de determinadas garantias processuais – relativização esta típica do direito penal do inimigo –, mas sim a certeza da punibilidade.

Sobre o assunto, faz-se necessário trazer à baila as lições de Beccaria (1997, p. 87) na sua famosíssima obra *Dos Delitos e das Penas* que, embora tenha sido escrita no ano de 1764, ensina lições bastante atuais, a saber:

Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda. A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança de impunidade, pois os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que freqüentemente tudo supre em nós, afasta a idéia de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força. A própria atrocidade da pena faz com que tentemos evitá-la com audácia tanto maior quanto maior é o mal e leva a cometer mais delitos para escapar à pena de um só. Os países e as épocas em que os suplícios mais atrozes foram sempre os das ações mais sanguinárias e desumanas, pois o mesmo espírito de crueldade que guiava a mão do legislador regia a do parricida e a do sicário. Do trono, ditava leis férreas a ânimos torturados

de escravos, que obedeciam. Na íntima escuridão, estimulava a imolação para criar outros novos.

Outra forma de manifestação do Direito Penal do Inimigo no Brasil é o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Este foi introduzido em nosso ordenamento jurídico, como modalidade de sanção disciplinar, pela Lei nº 10. 792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a redação do artigo 52, entre outros, da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP).

Nos termos do art. 52, da LEP, o RDD pode ser aplicado em três casos, a saber: a) quando o preso, provisório ou condenado, praticar fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (*caput*); b) presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§ 1º); e c) o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (§ 2º).

O artigo 52 da LEP, em seus 4 (quatro) incisos, apresenta as características do RDD, que são: a) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada (I); b) recolhimento em cela individual (II); c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas (III); d) o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol (IV).

De mais a mais, o RDD tem como única preocupação a exclusão total do delinqüente do convívio com a sociedade, de modo que não é aplicado de acordo com a culpabilidade do indivíduo, mas sim de acordo com a sua periculosidade.

6 CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se:

1. A teoria do Direito Penal do Cidadão se manifesta na descrição de uma conduta delituosa e na previsão de uma sanção para quem

comete o delito, sendo que ao indivíduo devem ser asseguradas todas as garantias previstas em lei.

2. Para a teoria do Direito Penal do Inimigo, a pena tem como uma de suas funções a eliminação de um perigo e, para atingir tal objetivo, alguns indivíduos (terroristas, autores de delitos sexuais e autores de crimes econômicos, entre outros) poderiam ser punidos antecipadamente, mesmo que não tivessem cometido nenhum delito.

3. De acordo com a teoria de Günter Jakobs, o inimigo não apresenta nenhuma garantia de que vai cumprir a norma, por essa razão deve ser tratado como “não pessoa”.

4. A teoria do Direito Penal do Inimigo apresenta basicamente três características, a saber: a) a antecipação das barreiras de punibilidade; b) o aumento significativo da pena para os tipos penais do “inimigo”; e c) a relativização das garantias penais e processuais.

5. A flexibilização das garantias penais e processuais, típica do Direito Penal do Inimigo, faz com que o direito penal e processual penal deixem de observar o delito para averiguar, apenas, a personalidade do autor do delito.

6. Na teoria do Direito Penal do Inimigo, o indivíduo é punido não pelo que ele fez e sim pelo que ele é. Em outras palavras, a sanção é baseada, exclusivamente, no comportamento, no modo de ser do autor e não na gravidade, na potencialidade lesiva do delito por ele cometido.

7. A Lei dos Crimes Hediondos e o Regime Disciplinar Diferenciado são uma forma de manifestação da teoria do Direito Penal do Inimigo no Brasil, pois em ambos os casos há relativização de garantias penais e processuais.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretela Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BINATO JÚNIOR, Otávio. **Do estado social ao estado penal: o direito penal do inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva**. 2007. Dissertação (Curso de Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Movimento antiterror e a missão da magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2008.

GUIMARÃES, Justino da Silva. Sistema penal máximo: o movimento de lei e ordem e o direito penal do inimigo como subsistemas de controle social punitivo. A mídia como controle informal do sistema. Vias contraditórias do Direito Penal garantista. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**, São Luís, n. 14, p. 219-251, jan./dez. 2007.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, p. 223-257, mar./abr. 2006.

MORAES, Alexandre Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal**: o 'direito penal do inimigo'. 2006. Dissertação (Curso de Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2006.

NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 69, p. 156-177, nov./dez. 2008.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **O rosto do inimigo**: uma desconstrução do direito penal do inimigo como racionalidade biopolítica. 2007. Dissertação (Curso de Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A CISÃO PROCESSUAL NA HIPÓTESE DE CONEXÃO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO COM OUTRA NÃO SUJEITA AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

*Natália Moreira Lima Salgado**

Resumo: O presente trabalho visa expor e, ao final, propor soluções às questões que envolvem a cisão processual na hipótese de conexão ou continência entre crimes quando pelo menos um deles é de menor potencial ofensivo, abordando-se a Lei nº. 9.099/95, sob o prisma constitucional e outras normas legais, bem como enfocando-se posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, especificamente do Superior Tribunal de Justiça, tudo sob um ângulo histórico. Para tanto, entendeu-se imprescindível uma abordagem preliminar acerca da delimitação da pena a ser considerada para a classificação da infração penal como de menor potencial ofensivo, além da conceituação de conexão e continência. Objetiva-se, com o posicionamento ao final adotado, evitar que, findo o processo, seja declarada sua nulidade absoluta.

Palavras-chave: 1. Conexão. 2. Infrações. 3. Maior potencial ofensivo. 4. Menor potencial ofensivo. 5. Processo Penal.

Abstract: The present work aims to expose and, at the end, proposes solutions to the questions that involve the procedural division in the hypothesis of connection or continence among the crimes when at least one of them is, of minor potential offense, addressing the law nº. 9.099/95, under the constitutional prism and other legal rules, as well as focusing doctrinaire and jurisprudential positioning, specifically of the Superior Court of Justice, being everything under a historical angle. Then, a preliminary approach was indispensable concerning the delimitation of the sentence to be considered to the classification of the criminal offense as a minor potential offense, beyond the conceptualization of connection

* Bacharel em Direito pela Faculdade São Luís. Licenciada em Letras pela Universidade Estadual do Maranhão – UEMA. Servidora do Ministério Público do Estado do Maranhão e Assessora da Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco/CPC Marcató (lato sensu).

and continence. It is aimed with the positioning adopted at the end, avoid that with the ending of the process, it must be declared its absolute nullity.

Keywords: Connection. Infractions. Major potential offense. Criminal procedure.

1 INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais surgiram como mecanismo de facilitação na vida dos cidadãos, por meio de um procedimento mais célere que o procedimento ordinário utilizado na Justiça Comum, denominado procedimento sumaríssimo, o qual, dentre entre outras coisas, acolhe, por exemplo, a queixa oral.

A Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, denominada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, também prevê institutos como a transação penal e a composição dos danos civis, evitando, assim, a estigmatização do infrator.

Não obstante mandamento constitucional, previsto no Art. 98, inciso I, de que às infrações de menor potencial ofensivo devem ser submetidas ao mencionado rito dos Juizados Especiais, desde a sua criação, não há consenso na competência para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo se estas estiverem interligadas por uma relação de conexão e continência com outra infração que não tenha natureza de pouca monta.

Ante o dissenso existente sobre o tema por doutrinadores renomados, bem como dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, este trabalho se propõe a demonstrar o desenvolvimento das idéias desses expoentes do mundo jurídico, que invocam preceitos constitucionais, uns pela constitucionalidade de dispositivo da lei especial e outros por sua inconstitucionalidade, e, ao final, propor uma solução a fim de se evitar que, findo o processo, seja declarada sua nulidade absoluta.

2 A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nem sempre foi tema pacífico. Para se alcançar o atual limite de pena ne-

cessário para a atuação dos JECC's, que é de 2 (dois) anos, a Lei nº. 9.099/95 passou por significativa alteração.

Ademais, a matéria requer uma abordagem preliminar dos conceitos de conexão e continência, o que facilitará o entendimento do que se dispõe a analisar.

2.1 Infrações penais de menor potencial ofensivo

Quando da promulgação da Lei nº. 9.099/1995, os Juizados Especiais Criminais tinham competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo estas consideradas, à época, pela própria Lei, mais precisamente no Art. 61, as contravenções penais e os crimes a que a lei cominasse pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos onde a lei previa procedimento especial. Entretanto, em 2001, surgiu a Lei nº. 10.259, que dispunha sobre os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal. Consoante o parágrafo 2º do Art. 2º dessa norma, as infrações de menor potencial ofensivo eram os crimes a que a lei cominasse pena máxima não superior a 2 (dois) anos, ou multa.

Vê-se, portanto, que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo divergia no âmbito das justiças comum e federal, pois no primeiro estavam incluídas as contravenções penais, além de que a pena máxima em abstrato era menor.

As divergências entre as aludidas normas não se limitaram ao conceito de infração penal de menor ofensividade, que, posteriormente, foi pacificado com a edição da Lei nº. 11.313, de 28 de junho de 2006, a qual, alterando os Artigos 60 e 61 da Lei nº. 9.099/1995 e o Artigo 2º da Lei nº. 10.259/2001, dispôs que são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Como dito, outras eram as dúvidas e, portanto, divergências que pairavam nas aludidas normas, dentre as quais uma em especial que será abordada no presente trabalho. A Lei nº. 11.313/2006 também surgiu como forma de resolver uma questão que gerava dissenso entre

os juízes e doutrinadores quanto à separação processual em caso de haver conexão e continência entre crimes de menor e de maior potencial ofensivo, situação que passaremos a analisar, tomando-se como ponto de partida o conceito de conexão e continência para, só então, adentrar no mérito da questão.

2.2 Conexão e continência

No direito processual civil, sobre os institutos da conexão e da continência, que são causas de modificação da competência, dispõem os Artigos 102 a 106, do Código de Processo Civil, que duas ou mais ações serão conexas quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir e haverá continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

O fato é que, no processo civil, ocorrendo um desses dois institutos, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, pode ordenar a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente, isso se um deles não já tenha sido julgado, consoante enunciado da Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça.

A conexão/continência, para Didier Jr. (2008, v. 1, p. 131), “é um vínculo de semelhança entre causas pendentes”. Tal procedimento visa evitar julgamentos distintos quando são semelhantes o objeto ou a causa de pedir, no caso da conexão, ou quando há identidade quanto às partes e à causa de pedir.

Ressalva o autor, todavia, que a modificação de competência somente pode ocorrer nas regras de competência relativa. Em caso contrário, sugere a suspensão do andamento de um processo até o deslinde do outro, a fim de se evitar decisões contraditórias. (DIDIER JR., 2008, v. 1, p. 131).

Cumprir informar, todavia, que, no direito penal, os institutos de conexão e continência em nada se assemelham à conexão e à continência do processo civil e estão descritos nos Arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal, respectivamente.

Passa-se a analisar, primeiramente, a conexão a partir do Art. 76 do CPP, a seguir transcrito:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas com as outras;

II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Nessa esteira, a doutrina divide a conexão em três tipos: inter-subjetiva (inciso I), objetiva (inciso II) e instrumental (inciso III), sendo que a primeira subdivide-se em intersubjetiva por simultaneidade, intersubjetiva por concurso e intersubjetiva por reciprocidade.

Em breve análise do estudo elaborado por Nucci (2008, p. 229-232), será a conexão intersubjetiva por simultaneidade quando vários agentes cometem infrações diversas, embora sejam estas praticadas ao mesmo tempo, no mesmo lugar; será intersubjetiva por concurso quando vários agentes cometem infrações penais em tempo e lugar diferentes, embora umas sejam destinadas, pelo liame subjetivo que liga os autores, a servir de suporte às seguintes; será intersubjetiva por reciprocidade na situação em que os agentes cometem crimes uns contra os outros; será objetiva quando, sem prévio acordo entre os agentes, estes cometerem crimes para facilitar ou ocultar outros, bem como para garantir a impunidade ou a vantagem do que já foi feito; e, por fim, será instrumental, ou ocasional, quando a prova de uma infração servir, de algum modo, para a prova de outra, bem como se as circunstâncias elementares de uma terminarem influenciando para a prova de outra.

Desse modo, o processualista Nucci (2008, p. 225) conceitua o referido instituto da conexão da seguinte forma:

No processo penal [...] ganha contornos especiais, querendo significar o liame existente entre infra-

ções, cometidas em situações de tempo e lugar que as tornem indissociáveis, bem como a união entre delitos, uns cometidos para, de alguma forma, propiciar, fundamentar ou assegurar outros, além de poder ser o cometimento de atos criminosos de vários agentes reciprocamente.

A continência, por outro lado, está prevista no Art. 77 do CPP, a seguir colacionado:

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

Na primeira hipótese, verifica-se que se trata de vários autores que praticam o mesmo delito e, nesse caso, torna-se útil a junção dos processos, uma vez que a prova deve ser colhida por um único magistrado, que a avaliará de uma única vez, diminuindo a probabilidade da ocorrência de erro judiciário.

O segundo caso está relacionado ao concurso formal, atualmente disposto nos Arts. 70, 73, segunda parte, e 74, segunda parte, do Código Penal, no qual a conduta do agente é única, embora vários sejam os resultados. A singularidade na conduta do agente requer a apuração por um único magistrado, a fim de se evitar erro judiciário, mormente quanto à aplicação da pena.

Uma vez superados os conceitos e espécies dos institutos da conexão e continência no direito penal, cumpre ressaltar que, da mesma forma que Fredie Didier Jr. defendeu a impossibilidade de haver, em sede de processo civil, a modificação de competência em casos de competência absoluta, restam controvérsias da aplicabilidade dos institutos de conexão e continência quando ocorrerem, por exemplo, entre crimes de menor e de maior potencial ofensivo, questão que merece destaque.

2.3 Conexão e continência entre crimes de menor e de maior potencial ofensivo

Esclarecidas as definições de conexão e continência, bem como de crime de menor potencial ofensivo, que nem sempre foi uniforme, cumpre, finalmente, adentrar na discussão que tem gerado as mais variadas decisões nos juízos e tribunais de todo o país. Trata-se da necessidade ou não de separação de processo quando houver conexão ou continência entre infrações penais e uma destas for de menor potencial ofensivo, enquanto a outra não.

O tema requer uma solução uniforme a fim de se evitar posteriores nulidades, atentando-se para o fato de que alguns institutos, como, por exemplo, a transação penal, são aplicáveis apenas às infrações de menor potencial ofensivo, sujeitas ao julgamento pelo Juizado Especial Criminal.

As discussões sobre o assunto já existem há algum tempo. Contudo, embora antigo, o tema ainda faz parte de dissenso no mundo jurídico, conforme se passa a demonstrar.

Com a promulgação da Lei nº. 9.099/1995, entendeu-se que, estando uma infração de menor potencial ofensivo interligada por uma relação de conexidade ou continência à outra não sujeita ao Juizado Especial Criminal, deveria prevalecer o foro comum, com observância do rito estabelecido para a infração não subordinada ao Juizado, podendo o Juiz, conforme a hipótese, aplicar a regra do Art. 80 do Código de Processo Penal, que apresenta a seguinte redação:

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Cumprido ressaltar que esse era, também, o entendimento dos Juízes Presidentes de Juizados nos Encontros de Coordenadores de Juizados Especiais Criminais, tanto que traduzido no Enunciado n. 10

(“havendo conexão entre crimes de competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste”), enunciado mantido no XXVI Encontro, realizado na cidade de Fortaleza/CE, em novembro de 2009.

Não obstante a perpetuação do entendimento dos Juizes Presidentes dos Juizados Especiais Criminais, mediante o referido Enunciado 10, a competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e detentora de assento constitucional, mediante o Art. 98, inciso I, razão pela qual a maior parte da doutrina, com honrosas exceções (JESUS, 1997, p. 41), entendia que o ideal seria o desmembramento dos processos, pelas peculiaridades e benefícios que apresentam as Leis nº. 9.099/1995 e 10.259/2001, até mesmo porque a finalidade precípua dos referidos diplomas é evitar a estigmatização do agente em face de infrações de menor potencial ofensivo.

Com o advento da Lei nº. 11.313/2006, procurou o legislador encerrar a mencionada celeuma, na medida em que alterou o *caput* e incluiu o parágrafo único do Art. 60, da Lei nº. 9.099/95, determinando que “na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”.

Buscou o legislador, então, legalizar o entendimento de que é possível a reunião processual em casos de conexão e continência quando uma das infrações for de menor potencial ofensivo. Contudo, a mudança não teve o sucesso esperado, na medida em que, apesar da atual redação dos aludidos dispositivos, duas outras posições delinearão-se.

A primeira posição, defendida por renomados estudiosos, dentre os quais Fernando da Costa Tourinho Filho e Rômulo de Andrade Moreira, é de que a nova regra não deve ser aplicada pelo Juiz, em virtude de sua flagrante inconstitucionalidade.

Desenvolvendo o raciocínio dos nobres pensadores, a Constituição Federal, em seu Art. 98, inciso I, determina que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão os juizados especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor po-

tencial ofensivo. A Magna Carta ainda atribuiu ao rito dos Juizados os procedimentos oral e sumaríssimo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Vê-se, portanto, que a competência dos juizados especiais se dá em razão da matéria.

A Lei nº. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por seu turno, em seu Art. 60, *caput* e parágrafo único, com redação dada pela Lei nº. 11.313/06, ratifica a competência do Juizado Especial Criminal disposta na Constituição Federal, entretanto ressalva que devem ser respeitadas as regras de conexão e continência, preconizando, ainda, no parágrafo único, que, quando houver reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, em que há conexão ou continência de infrações nas quais ao menos uma delas é de menor potencial ofensivo, esta deverá ser julgada pelo Juízo Comum ou pelo Tribunal do Júri, observando-se os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Nota-se, de um lado, a Constituição Federal concedendo competência aos Juizados Especiais Criminais para processarem e julgarem os autores de crimes de menor potencial ofensivo e, de outro, a Lei nº. 9.099/95 possibilitando em um caso específico que Juízos Comuns e do Tribunal do Júri façam as vezes do Juizado Especial.

O que doutrinadores como Rômulo de Andrade Moreira e Torrinho Filho defendem é que não cabe à lei ordinária alterar dispositivo constitucional, mas cabe àquela se sujeitar às normas superiores, sendo, nessa esteira, o Art. 60, *caput* e parágrafo único, da Lei nº. 9.099/95, inconstitucional.

Na opinião de Rômulo de Andrade Moreira, tendo em vista que a competência dos Juizados Especiais Criminais, de índole constitucional, é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria, tem caráter absoluto, o que impede que infrações penais de outra natureza sejam processadas e julgadas naqueles juizados, sob pena de declaração de nulidade absoluta. Complementa o autor que, nesse caso, todos os atos porventura praticados serão nulos, não somente os decisórios, como também os probatórios, pois é como se o processo nunca tivesse existido. Para Moreira (2009, p. 31):

Se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitoso, ainda que estejamos à frente de uma conexão ou continência, não ser possível o *simultaneos processus* com a aplicação da regra contida no art. 78 do Código de Processo Penal. Ademais, ressalte-se que o próprio CPP, no art. 80, permite a separação de processos mesmo sendo o caso de conexão ou continência, quando, por exemplo, “*o juiz reputar conveniente a separação por motivo relevante.*” Logo, ainda que a separação não fosse ditada pelo art. 98, I da Constituição, poderia sê-lo por força do art. 80 do Código, por ser conveniente a separação, pois o rito nos Juizados Especiais Criminais é completamente diferente (e mesmo inconciliável) com o rito ordinário (e com outros especiais).

Lembrou o doutrinador que a própria Lei nº. 9.099/95 prevê duas hipóteses em que é afastada a competência dos Juizados Especiais Criminais – em caso de o acusado não ser encontrado para ser citado e se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia. Contudo, explicou que tal fato não representa obstáculo à tese defendida, uma vez que se encontra dentro da faixa de disciplina possível para a Lei dos Juizados, permitida pelo Art. 98, I, da Constituição Federal, tendo em vista que as duas hipóteses se ajustam perfeitamente aos critérios de celeridade, informalidade e economia processual propostos pelo legislador no Art. 62, e encerra o raciocínio da seguinte forma:

Diante do exposto, estes dispositivos da nova lei não devem ser aplicados pelo Juiz, pois, como se sabe, o controle de constitucionalidade judiciário no Brasil tem caráter difuso, podendo “*perante qualquer juiz ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado*”, na lição

do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho. (MOREIRA, 2009, p. 40).

Tourinho Filho, embora diga que já adotou posicionamento diverso do atual, ensina que, havendo conexão ou continência entre uma infração de menor potencial ofensivo e outra que não seja de menor potencial ofensivo, o Juizado Especial Criminal deverá processar e julgar aquele tipo de infração, frisando que, como ambas as infrações podem ser apuradas em um único inquérito, ao ser este remetido ao juízo comum ou do Tribunal do Júri, deverá ser previamente xerocopiado e a cópia remetida ao Juizado Especial para que este aplique as normas previstas na Lei nº. 9.099/95, senão vejamos:

Hoje, malgrado a redação dada ao art. 60 do citado diploma pela Lei n. 11.313/2006, havendo uma relação de conexidade ou continência entre uma infração de menor potencial ofensivo e outra que não o seja, não obstante possa a Autoridade Policial apurar num só inquérito as duas infrações, o certo é que quando do envio dos autos a juízo deverá ser observada a regra do art. 80 do CPP, isto é, deverá o Juiz determinar sejam os autos xerocados, remetendo-se a cópia ao Juizado Especial Criminal, onde serão observadas as normas previstas na Lei n. 9.099/95 no que respeita à infração de pouca monta. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 26).

O autor, então, conclui que não há outra solução para o caso senão a aplicação do Art. 80 do CPP de separação dos processos, tendo em vista a incompetência do Juiz monocrático para processar e julgar a infração de menor potencial ofensivo, fazendo uma ressalva para a hipótese de não haver Juizado Especial Criminal na comarca, situação para a qual propõe que

Cumprirá ao Promotor ofertar denúncia quanto à infração grave e, no termo de vista, manifestar-se sobre a proposta para a efetivação da transa-

ção, com fiel observância da Lei n. 9.099/95. Se não for realizada, ante recusa do autor do fato ou em razão de não estarem presentes os requisitos legais, caberá ao Juiz determinar sejam os autos xerocados para que se observem os arts. 77 e seguintes da Lei n. 9.099/95. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 28).

A outra vertente é de que a nova regra é aplicável, gerando uma fase preambular (composição e transação) em relação ao procedimento no Juízo Comum, sob pena de nulidade absoluta do processo, em virtude de afronta ao devido processo legal. Acerca dessa corrente, importante destacar os posicionamentos de Fernando Capez e de Eugênio Pacelli de Oliveira, respectivamente:

Para afastar quaisquer dúvidas sobre a incidência da regra do art. 78 do CPP, na hipótese de conexão ou continência, adveio a Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006 – que entrou em vigor em 28-6-2006, portanto, na data de sua publicação – e que promoveu significativas alterações no art. 60 da Lei n. 9.099/95 e art. 2º da Lei n. 10.259/2001. [...] Com as modificações mencionadas, passamos a ter o seguinte panorama processual: (A) uma vez praticada a infração de menor potencial ofensivo, a competência será do Juizado Especial Criminal. Se, no entanto, com a infração de menor potencial ofensivo, houverem sido praticados outros crimes, em conexão ou continência, deverão ser observadas as regras do art. 78 do CPP, para saber qual o juízo competente; (b) caso, em virtude da aplicação das regras do art. 78 do CPP, venha a ser estabelecida a competência do juízo comum ou do tribunal do júri para julgar também a infração de menor potencial ofensivo, afastando, portanto, o procedimento sumaríssimo da Lei n. 9.099/95, isso não impedirá a aplicação dos institutos da transação penal e da composição dos danos civis. Tal ressalva da lei visou garantir os institutos asse-

gurados constitucionalmente ao acusado, contidos no art. 98, I, da CF. (CAPEZ, 2007, v. 4, p. 542). Assim, tratando-se de crimes de menor potencial ofensivo, cujo conceito é agora unificado no art. 61 da Lei n. 9.099/95, por força de norma contida na Lei n. 11.313/2006, a violação às citadas regras (a possibilidade de transação, sobretudo) determinaria a nulidade absoluta do processo. Então, o problema não se localiza na subtração da competência dos Juizados, mas do devido processo legal que ali se estabelece. (OLIVEIRA, 2009, p. 241).

Rebatendo essa corrente, Rômulo de Andrade Moreira argumenta que a Constituição Federal é explícita ao garantir ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo o procedimento oral e sumário, o que não está limitado à transação penal e à composição dos danos civis, mas, também, ao próprio procedimento, lembrando que a Lei n.º 9.099/95 prevê a presença de conciliadores para auxiliar o Juiz de Direito na composição civil dos danos.

O fato é que, na verdade, inúmeros são os comentários em relação ao tema. Existem, inclusive, aqueles que enveredam por negar que a competência dos Juizados Especiais Criminais tenha sido definida pela Constituição Federal, como é o caso de Prado e Carvalho (2003, p. 30), que preferem dizer que a Lei n.º 9.099/95 a definiu. Segundo eles, a Carta Magna apenas mencionou a característica de menor potencialidade para critério de competência.

Não se pode olvidar de consignar que Ada Pellegrini Grinover em conjunto com Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luís Flávio Gomes, comentando a Lei n.º 9.099/95, defendem a separação dos processos, ressaltando que, antes da criação do Juizado Especial Criminal, o juízo comum pode e tem condições de aplicar todas as medidas despenalizadoras próprias da Lei n.º 9.099/95, sendo, por esse motivo, plenamente possível o processamento e julgamento por um único juízo, sem que, com isso, haja afronta à Constituição Federal. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 2002, p. 66-68).

Assim sendo, havendo um desdobramento do pensamento desses autores, o processamento e julgamento de infrações de menor po-

tencial ofensivo por Juízos Comuns e do Tribunal de Júri, nos casos específicos de conexão e de continência, em nada afrontam preceito constitucional, uma vez que referidos tais magistrados podem perfeitamente aplicar os institutos processuais próprios dos Juizados Especiais. Contudo, imperioso destacar que essa possibilidade ventilada por esses autores deve ser adotada, exclusivamente, nos locais onde não existam os Juizados Especiais Criminais, posto que, existindo, deve haver a separação dos processos.

Jesus (2004, p. 24), na mesma linha de raciocínio, defende que, havendo concurso de crime ou de contravenção da competência de Juizado Especial Criminal e outro do Juízo Comum, este atrai a infração penal daquele.

No Superior Tribunal de Justiça, o tema ainda não se encontra pacificado, perdurando, ao longo dos anos, decisões tanto pela união como pela cisão processual, como se pode constatar mediante as ementas das decisões a seguir transcritas, as quais as duas primeiras determinam a reunião dos processos e as duas últimas determinam a separação destes:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. RESISTÊNCIA. CONEXÃO. OCORRÊNCIA. SOMATÓRIO DAS PENAS QUE ULTRAPASSA O LIMITE PREVISTO PARA O JUIZADO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM.

1. Verificando-se que o delito de resistência foi praticado para assegurar a impunidade do outro - furto qualificado -, é de ser reconhecer a conexão material ou lógica.

2. **Estando as provas dos delitos intimamente ligadas, comunicando-se intrinsecamente entre si, não há como se negar a ocorrência da chamada conexão probatória ou instrumental. Precedentes.**

3. **Incidindo a conexão, é de se reunir os processos em prol de um julgamento uno e, sendo que o somatório das penas máximas cominadas**

para os delitos ultrapassa o limite de competência do Juizado Especial Criminal, deve ser reconhecida a competência do Juízo Comum para processar e julgar ambos os crimes.

4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Cascavel/PR, ora suscitado¹. (Grifo nosso).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONEXÃO ENTRE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO (CRIME DE TRÂNSITO) E DELITO DA JUSTIÇA COMUM (TRÁFICO DE ENTORPECENTES). APLICAÇÃO DO ART. 60 DA LEI Nº. 9.099/95, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº. 11.313/2006. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM PARA PROCESSAR E JULGAR OS DELITOS.

1. Configurada a conexão entre os crimes de tráfico de drogas e aquele previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei nº. 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei nº. 11.313/2006.

2. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo Federal Criminal e Juizado Especial Adjunto de Caxias do Sul - Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, o suscitado². (Grifo nosso).

CRIMINAL. RESP. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COM INFRAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. **COMPETÊNCIA. CONEXÃO. REGRA DE UNIDADE DE**

¹ CC 104.193/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 21/08/2009.

² CC 92.365/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, julgado em 13/08/2008, DJe 01/09/2008.

PROCESSO E JULGAMENTO. INAPLICABILIDADE. PREVALÊNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS PRATICADOS PELO JUÍZO INCOMPETENTE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - Hipótese em que o recorrido foi denunciado pelos delitos descritos nos arts. 205 e 298 do Código Penal.

II - Havendo conexão ou continência, a regra geral prevista no Código de Processo Penal é a unidade de processos e julgamento perante o juízo prevalente.

III - A competência dos Juizados Especiais, de previsão constitucional, é absoluta.

IV - Os crimes abrangidos pela Lei 10.2598/01, dentre os quais inclui-se o delito de injúria, só podem ser processados e julgados perante o Juizado Especial Criminal.

V - No caso de conexão ou continência com qualquer delito de competência do Juizado Especial, não se aplica a regra de unidade de processo e julgamento das infrações previsto no Código de Processo Penal, sob pena de ofensa à regra constitucional de competência³. (Grifo nosso).

CRIMINAL. RESP. INJÚRIA E CALÚNIA CONTRA PROCURADOR DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. REGRA DE UNIDADE DE PROCESSO E JULGAMENTO. INAPLICABILIDADE. PREVALÊNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL. JUIZADO ESPE-

3 REsp 883.863/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 19/04/2007, DJ 04/06/2007.

CIAL CRIMINAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Hipótese em que o recorrido foi denunciado por injúria e calúnia contra Procurador da República, no exercício de suas funções.

II - Havendo conexão ou continência, a regra geral prevista no Código de Processo Penal é a unidade de processos e julgamento perante o juízo prevalente.

III - A competência dos Juizados Especiais, de previsão constitucional, é absoluta.

IV - Os crimes abrangidos pela Lei 10.259/01, dentre os quais inclui-se o delito de injúria, só podem ser processados e julgados perante o Juizado Especial Criminal.

V - No caso de conexão ou continência com qualquer delito de competência do Juizado Especial, não se aplica a regra de unidade de processo e julgamento das infrações previsto no Código de Processo Penal, sob pena de ofensa à regra constitucional de competência.

VI - Recurso desprovido⁴. (Grifo nosso).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre a necessidade de separação ou não do processo quando presentes os institutos de conexão e continência entre infrações penais, quando apenas uma delas é de menor potencial ofensivo, demonstrouse, no decorrer do presente trabalho, posicionamentos divergentes, não apenas entre renomados doutrinadores, mas também em nossa Corte Superior de Justiça.

Constatou-se, ainda, que, na opinião dos juristas que entendem que a competência dos Juizados Especiais em julgar esses crimes de menor monta é absoluta, tendo em vista a previsão constitucional do Art. 98, I, deve-se anular os atos processuais.

4 REsp 611.718/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 03/11/2004.

Diante disso, ocorrerá que, após o funcionamento de todo um maquinário judicial, com dispêndio de verba pública e de mão de obra, em um país onde há imenso volume de processos em trâmite e carência de pessoal, findo o processo, este poderá ser, em instância superior, declarado nulo.

Com esse quadro, por uma questão de ordem prática, vislumbra-se necessária a cisão processual.

Cumprе ressaltar que, mais do que almejar uma solução para o problema, sob o aspecto prático, busca-se, aqui, defender um posicionamento à luz da maior de todas as normas existentes neste País. Ora, se a Constituição da República Federativa do Brasil determina, no Art. 98, inciso I, que os juizados especiais serão criados e seus juizes terão competência para conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, não cabe à lei infraconstitucional, hierarquicamente inferior, portanto, determinar que, em casos de conexão e continência envolvendo infrações penais de maior e menor potencial ofensivo, os processos sejam julgados perante o Juízo Comum ou Tribunal do Júri, apenas com observância dos institutos de transação penal e composição dos danos civis.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luis Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentários e anotações**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O MITO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA O CONHECIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL

*André Gonzalez Cruz**

Resumo: O presente artigo objetiva desmistificar a imprescindibilidade da certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória para o conhecimento da Revisão Criminal, analisando necessariamente a doutrina e a jurisprudência correlatas.

Palavras-chave: Mito. Imprescindibilidade. Certidão de trânsito em julgado. Revisão criminal. Conhecimento.

Abstract: The present article has a aim to demystify the indispensability of the transit certificate in judged of the condemnatory sence to the knowledge of criminal review, being analysed necessarily the doutrine and the related jurisprudence.

Keywords: Mith, Indispensability. Transit certificate in judged. Criminal review. Knowledge.

Segundo estabelece o artigo 621 do Código de Processo Penal, será admitida Revisão Criminal dos processos transitados em julgado quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos ou se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, ou, ainda, quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

* Analista Ministerial e Assessor de Procurador de Justiça do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho e Doutorando em Direito pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora, na Argentina.

Já o artigo 625, § 1º, do supramencionado diploma, dispõe que o requerimento da revisional em comento será instruído com a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória e com as peças necessárias à comprovação dos fatos arguidos.

Analisando a matéria, os tribunais brasileiros vêm entendendo que não merece conhecimento a Revisão Criminal apresentada sem os documentos mencionados acima e que o seu relator, julgando inconveniente ao interesse da justiça o apensamento dos autos originais, poderá indeferir o aludido requerimento liminarmente, com supedâneo no artigo 625, § 3º, da legislação em voga.

Seguem julgados do Tribunal de Justiça do Maranhão nesse sentido.

Revisão Criminal. Homicídio tentado e estupro. Tribunal do Júri. Sentença Condenatória. Ação não conhecida. Ausência de peças obrigatórias. Deficiência dos requisitos autorizadores da revisão. Ação Revisional não conhecida. De ofício reconhecido o direito a mudança do regime inicial de cumprimento da pena. Alteração para o regime inicialmente fechado. Revisão Criminal tenta a absolvição do recorrente sem novas provas ou sequer requisitos essenciais para propositura da ação. Ausência de peças necessárias para comprovação dos fatos argüidos, como a certidão do trânsito em julgado da sentença. Não conhecimento da ação revisional. De ofício reconhece a mudança de regime para o inicialmente fechado. Revisão não conhecida. Admitida a mudança do regime inicial de cumprimento de pena¹.

REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. INDEFERIMENTO IN LIMINE.

Ausentes na instrução do requerimento da preten-

¹ Tribunal de Justiça do Maranhão, Câmaras Criminais Reunidas, Revisão Criminal nº 2.570/2006, rel. Des. Mário Lima Reis, julgado em 13/02/2008.

são revisional os pressupostos contidos no § 1º do art. 625 do CPP (certidão do trânsito em julgado da sentença condenatória, bem como peças necessárias à comprovação dos fatos argüidos), é de se indeferir, IN LIMINE, dita ação porque carente um de seus pressupostos específicos para a viabilidade formal do próprio pleito desconstitutivo de julgado².

Desse modo, indaga-se: pode a Revisão Criminal ser conhecida sem a certidão exigida no artigo 625, § 1º, do Código de Processo Penal?

Acredita-se que sim, conforme restará demonstrado abaixo.

Em primeiro lugar, antes de adentrar no foco da questão, necessário transcrever o entendimento de Nucci (2006, p. 984) no que diz respeito à ação revisional em tela, *litteris*:

É uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal, indevidamente colocada como recurso neste Título do Código de Processo Penal.

Por outro lado, Médici (1998, p. 148) leciona:

Em nosso entendimento, a revisão constitui meio de impugnação do julgado que se aparta tanto dos recursos como das ações, pois a coisa julgada exclui a possibilidade de interposição de recurso, e, ao requerer a revista da sentença, o condenado não está propriamente agindo, mas reagindo contra o julgamento, com o argumento da configuração de erro judiciário. A ação penal anteriormente *vista* é

² Tribunal de Justiça do Maranhão, Câmaras Criminais Reunidas, Revisão Criminal nº 12.218/2007, rel. Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos, julgado em 07/04/2008.

então *revista* por meio da revisão que, entretanto, não implica inversão das partes (em sentido processual).

Assim, tomando como parâmetro a doutrina, vê-se claramente que, embora haja discordância quanto à natureza jurídica da Revisão Criminal, dúvida não há quanto ao seu objeto, qual seja desconstituir erro judiciário.

Nesse ponto, Tourinho Filho (2004, p. 402-403) assinala:

A atividade jurisdicional, como outra de qualquer setor, está sujeita a erros. Quantas falhas não são cometidas pelos médicos? Quantos diagnósticos errados? Ah! Se as paredes dos hospitais falassem! E quantas decisões dos nossos órgãos jurisdicionais não invertem, evertem ou subvertem o bom Direito? A justiça é feita pelos homens, simples criaturas humanas, sem o dom da infalibilidade. As provas que ‘devem servir como espelhos da verdade’, representativas que são do *thema probandum*, por causas diversas, ‘fornecem imagens deformadas’. Os depoimentos infantis, as anomalias dos órgãos dos sentidos, a sugestionabilidade, o interesse, a paixão, o ódio, o amor, a vingança, a simpatia ou antipatia, o espírito de solidariedade, os laços de família ou de convivência, o amor à Pátria, o espírito de seita, partido ou grupo, a psicopatia, dentre outros fatores, geram, consciente ou inconscientemente, testemunhos imperfeitos. Aliem-se, ainda, a ilusão, a emoção, a falta de atenção, a brevidade da percepção, o transcurso do tempo, a idade da testemunha, eventual esclerose, problema de memória e outras causas. Tudo são fatores que produzem má apreciação do fato objeto do processo. A crônica judiciária, através dos tempos, mostra como a semelhança dá causa aos erros nos reconhecimentos, [...] tudo conduz o magistrado a proferir uma sentença injusta. Às vezes, embora em casos raros, o erro decorre da

falta de probidade do Magistrado, do seu interesse em congregar-se com uma das partes, de idéias preconcebidas a respeito de coisas e das 'suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, que fazem com que o Juiz guarde tendências que o orientam inconscientemente nos seus atos'.

Desta feita, surge a Revisão Criminal como o meio adequado para o condenado tentar rever a decisão condenatória expedida em seu prejuízo e da qual não caiba mais qualquer recurso.

Vale ressaltar que, máxime o uso dos meios legais de impugnação da decisão, há um momento em que impossível outro reexame, traduzido no esgotamento de todas as instâncias. Assim, o ato jurisdicional se torna irrecorrível e a sentença, justa ou injusta, é considerada inatacável, fazendo coisa julgada, pois a paz social exige a estabilidade dos direitos e isso não seria possível se os litígios não tivessem fim.

Entretanto, como ressaltado anteriormente, há casos em que a decisão transitada em julgado acarreta flagrante injustiça, não sendo a afirmativa de que a coisa julgada é intangível de toda absoluta.

Se na área cível, em que se disputam, de regra, interesses disponíveis, desde que satisfeitos os requisitos legais, facultado à parte atacar a coisa julgada, através da ação rescisória, outro não seria o entendimento em se tratando de uma sentença penal, posto que uma condenação injusta se revela prejudicial tanto ao réu quanto à sociedade.

Nesse espectro, Tourinho Filho (2004, p. 407-408) vai mais além, acreditando ser a Revisão Criminal garantia individual, *in verbis*:

Embora as Constituições que sucederam à de 1934 não houvessem dispensado à revisão o mesmo tratamento, ela sempre foi, e continua sendo, uma garantia constitucional do condenado. Apesar de a Constituição de 1988 não a haver erigido à categoria de garantia fundamental do homem, o certo é que a tradição já incorporou a revisão criminal no seu rol. É verdade que, nos arts. 102, I, *j*, 105, I, *e*, e 108, I, *b*, confere poderes ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, respectivamente, para processar e

julgar as “revisões criminais”. Como sempre foi da nossa tradição a revisão pró-réu, subtende-se que a Carta Maior refere-se à revisão de sentença condenatória. Tanto é assim que os Regimentos de todos os nossos Tribunais disciplinam apenas a revisão de sentença condenatória. E o CPP, no seu art. 621, cuida da revisão de sentença condenatória. Logo, em face do § 2º do art. 5º da CF, a revisão é uma garantia individual. O aludido preceito da Lei Maior, como bem o disse o Ministro Celso de Mello, “constitui norma de encerramento, que institui as liberdades residuais, inominadas, implícitas ou decorrentes”. É o que se dá com a revisão criminal. Não é difícil, pois, concluir tratar-se de garantia individual.

Destarte, vislumbra-se plenamente dispensável a certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória para o requerimento revisional estudado quando tal conclusão pode ser tomada por outros meios.

E isto ocorre, por exemplo, quando anexada a íntegra da ação penal ao petítório de Revisão Criminal, onde se constata que todas as intimações da sentença condenatória foram realizadas a contento, não sendo apresentado nenhum inconformismo, ainda que não tenha sido expedida a referida certidão naquele bojo processual.

Outro exemplo em que se verifica a dispensabilidade da certidão de trânsito em julgado do decreto condenatório para o requerimento à lume é na hipótese de expedição de Guia de Recolhimento Definitivo, a *contrario sensu* do que dispõe a Resolução nº 19 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a execução penal provisória e cuida detalhadamente da Guia de Recolhimento Provisório.

Dessa forma, no sopesamento entre a formalidade da juntada da dita certidão ao pleito de Revisão Criminal, prevista no art. 625, § 1º, do Código de Processo Penal, e a garantia individual em combater o erro judiciário, avalizada pelo princípio da justiça, aquela tem que ceder, hipótese somente alcançável se outros documentos evidenciarem não mais caber qualquer recurso da decisão guerreada.

E nem se diga que tal espécie de balizamento não ocorre na prática, pois o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, dispõe que “são

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, mas estas, mesmo assim, vêm sendo largamente utilizadas em favor do réu, em face do princípio da proporcionalidade.

Com relação a este último argumento, Delmanto (2000, p. 239) explica:

Como [...] a proibição de prova ilícita é uma garantia individual contra o Estado, predominante é o entendimento na doutrina que possível é a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversa telefônica em caso de extorsão, por exemplo) traduz a hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude.

Nesse ponto, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Maranhão não exige para o conhecimento da Revisão Criminal a certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória, mas, única e exclusivamente, prova concludente do mesmo, conforme se vê descrito a seguir.

Art. 409. O pedido será instruído com o inteiro teor, autenticado, da decisão condenatória, com prova concludente do trânsito em julgado e com os documentos comprobatórios dos fundamentos de fato e de direito em que assentar a postulação.

Alinhando-se à tese levantada, o supracitado tribunal já assim decidiu:

PROCESSUAL PENAL. PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. IRRECORRIBILIDADE COMPROVADA POR OUTROS MEIOS LEGAIS. POSSIBILIDADE. DIMINUIÇÃO DA PENA. AGRAVANTE GÊNÉRICA. NECESSIDADE DE COGITAÇÃO.

I – Ausente nos autos a Certidão do Trânsito em Julgado da sentença penal condenatória, a irrecorribilidade poderá ser comprovada por via da Carta de Guia de Recolhimento para a execução penal. II – Se devidamente fundamentada na sentença, não constituirá causa de nulidade, a cominação da pena em limite superior ao mínimo estabelecido por lei. III – O juiz não pode reconhecer na sentença penal condenatória qualquer das agravantes genéricas previstas na norma penal, sem que essas tenham sido anteriormente cogitadas, ainda que de forma implícita. IV – Revisão Criminal julgada procedente em parte. Unanimidade³.

O Supremo Tribunal Federal possui previsão regimental similar, como revelado abaixo.

Art. 266. O pedido de revisão será sempre instruído com o inteiro teor, autenticado, da decisão condenatória, com a prova de haver esta passado em julgado e com os documentos comprobatórios das alegações em que se fundar, indicadas, igualmente, as provas que serão produzidas.

Derradeiramente, calha registrar que o Superior Tribunal de Justiça tem mitigado o formalismo da juntada da certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória na Revisão Criminal no caso de requerimento formulado diretamente pelo “réu” preso, sem assistência de Advogado, porque, atualmente, tal informação pode ser obtida até mesmo por meio de simples consulta ao sistema informatizado do Tribunal, consoante a seguir transcrito.

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. REVISÃO CRIMINAL AJUIZADA DIRETAMENTE POR RÉU PRESO. NÃO CONHECIMENTO. AU-

³ Tribunal de Justiça do Maranhão, Câmaras Criminais Reunidas, Revisão Criminal nº 102/1999, rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araújo, publicado em 20/06/2000.

SÊNCIA DE JUNTADA DA CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIFICULDADE DE ACESSO AOS AUTOS. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO DATIVO OU DEFENSOR PÚBLICO. HOMENAGEM AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA QUE O TRIBUNAL ESTADUAL PROVIDENCIE ASSISTÊNCIA JURÍDICA AO APENADO, OBJETIVANDO A INSTRUÇÃO DO PEDIDO REVISIONAL.

1. O art. 625, § 1º do CPP afirma que compete ao requerente a correta instrução do pedido de revisão criminal, sendo indispensável a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória, além das peças necessárias à comprovação dos fatos argüidos; entretanto, na hipótese de ser pedida diretamente pelo réu preso, em atenção e para garantia do princípio constitucional da ampla defesa, deve o Tribunal, na medida do possível, providenciar a assistência jurídica por meio de Advogado Dativo ou Defensor Público. 2. Especialmente no tocante à juntada da certidão de trânsito em julgado, penso que, tratando-se de pedido formulado diretamente por réu preso, sem assistência de Advogado ou Defensor, como no caso concreto, constitui exacerbado formalismo o não conhecimento da Revisão Criminal sob a singela alegação de falta da referida peça; isso porque, atualmente, a informação pode ser obtida até mesmo por meio de simples consulta ao sistema informatizado do Tribunal. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para que o Tribunal a quo providencie assistência jurídica ao paciente, objetivando a instrução do pedido de Revisão Criminal⁴.

⁴ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 92.951/PB, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão unânime, julgado em 28/10/2008, DJ de 24/11/2008.

Conclui-se que, assim, perfeitamente possível o conhecimento da Revisão Criminal sem a certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória, se tal conclusão puder ser tomada por outros meios, restando caracterizada como um mito a sua imprescindibilidade.

REFERÊNCIAS

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

DIREITO DO CONSUMIDOR

É ILEGAL A CONDUTA DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AO CONSUMIDOR COMO MEIO DE COBRANÇA EXTRAJUDICIAL

*Lindojon Gerônimo Bezerra dos Santos**

Resumo: O presente trabalho foi realizado no intuito de provar a ilegalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor, ainda que este se encontre inadimplente com base na legislação, doutrina e jurisprudência nacional. O objetivo principal é levar ao consumidor uma abordagem técnico-jurídica dos direitos que todos têm, mas que, por vezes, não sabemos utilizá-los e reivindicá-los.

Palavras-chave: Consumidor. Cobrança. Ilegalidade. Energia elétrica.

Abstract: The present job was done with the aim to prove the illegality of the electric energy supply to the consumer, otherwise this consumer is a debtor based on legislation, doctrine and national jurisprudence. The

* Jurista e Professor Universitário. Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Uniderp-Instituto Luiz Flávio Gomes-Núcleo Capez. Pós-graduando em Gestão Pública Municipal pela UFMA – Universidade Federal do Maranhão. Professor de Direito da Faculdade do Vale do Itapecuru – FAI e da Faculdade Evangélica do Meio Norte – FAEME. Professor das disciplinas jurídicas do Curso de Formação da Guarda Municipal de Codó-MA. Servidor do Ministério Público do Maranhão. Foi nomeado Secretário Judicial da Comarca de Codó-MA. Autor de tese aprovada por unanimidade no X Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor em Florianópolis-SC. Autor de diversos artigos jurídicos publicados em nível nacional e internacional. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Associado à Associação PRO TESTE - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor. Confecista. Palestrante no II Simpósio Luso-Brasileiro de Direito do Consumidor em São Luís-MA. Palestrante convidado do Poder Judiciário em Codó-MA, do Ministério Público em Timbiras-MA, da Polícia Militar em Codó-MA, da Secretaria de Ação Social do Município de Codó-MA. Colaborador com projetos do Ministério Público em Codó-MA. Presidente do Conselho da Comunidade da Comarca de Codó-MA (Lei nº. 7210/84). Criador do email do consumidor, ferramenta de ajuda ao consumidor e consta no Banco de Boas Práticas do Ministério Público do Maranhão. Título honorífico de Cidadão Codoense. Email: lindonjon@hotmail.com

main aim is to take to the consumer a technical legal approach of the laws that everybody has, although, we do not know how to use and claim them.

Keywords: Consumer, Charging, Illegality, Electric Energy.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico com o tema “É ilegal a conduta de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor como meio de cobrança extrajudicial”, teve seu início com o questionamento sobre a legalidade desta suspensão e sua finalidade social.

Em tempos hodiernos, verifica-se que, mesmo com a publicação de algumas leis, algumas pessoas, sejam elas jurídicas ou físicas, insistem em não obedecê-las, sob o manto da impunidade. E isso não é diferente no Direito do Consumidor, mesmo com a publicação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, os fornecedores insistem em descumprir alguns mandamentos legais, em face de outras normas flagrantemente inconstitucionais. E, com isso, há a necessidade de provocar o estudo e a pesquisa com o fito de informar à sociedade o que de fato é direito para os cidadãos, não se furtando de aplicar a melhor hermenêutica em prol de definições mais próximas do que se entende como Justiça.

A energia elétrica é um serviço público de natureza essencial e, portanto, adequa-se ao previsto no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor onde prevê que sua prestação deverá ter o caráter contínuo. Sendo assim, não se pode falar em suspensão desse fornecimento e legalidade ao mesmo tempo.

Todavia, as empresas concessionárias prestadoras de serviço público essencial, notadamente as de energia elétrica, insistem em adotar medidas autotuteladoras de cobrança em prol de seus lucros, sem quaisquer observâncias à legislação.

Neste diapasão, procurou-se, através desta pesquisa, que remontou em consulta a vários doutrinadores no âmbito do Direito Constitucional, Administrativo, Consumidor e a jurisprudência nacional, demonstrar a ilegalidade dessas ações e as maneiras lícitas de efetuar cobranças, para que sirva de orientação aos consumidores

sobre os seus direitos e também aos fornecedores relativos à contra-prestação por parte de um serviço prestado por eles, enfatizando que não se quer fazer apologia à inadimplência, mas apenas resguardar direitos elencados na letra fria e positiva da lei.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal de 1988 trouxe valores perdidos durante a ditadura e que caracterizam um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Desta forma, vislumbra-se o Direito como um instrumento justiceiro de inclusão social e de proteção a determinados grupos dentro de nossa sociedade, haja vista a disparidade das classes sociais que gera, a poucos, um certo tipo de poder, o econômico.

A redação do artigo 3º, da Constituição Federal, determinando que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária nos traz a idéia de que uma ordem com estas características não tem sentido se não for buscado como início de tudo o atendimento aos destinatários das normas constitucionais.

Observa-se neste contexto que a Constituição Federal adotou o modelo econômico capitalista, fundado na livre iniciativa e na livre concorrência: a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema econômico, o sistema capitalista.

Face o texto constitucional, o modelo capitalista encontra limites, e esses limites visam inibir quaisquer posturas que de alguma forma agridem os demais direitos, garantias e princípios constitucionais, dentre os quais encontra-se o da defesa dos consumidores.

Nesse contexto, preciosas se apresentam as palavras de Sérgio Varella Bruna, para quem a liberdade de iniciativa empresarial, portanto, porque inserida no contexto constitucional, há de ser exercitada não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social – da melhor distribuição de renda – com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna.

A liberdade de iniciativa, destarte, mais do que uma garantia individual, passa a ser uma técnica de produção social, na qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos. Isso equivale a dizer que o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por obrigação a realização da justiça social, através da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, entre outros, condiciona não só a ação do Estado, mas as ações de toda a sociedade.

A plena economia de mercado, assim entendida aquela em que o Estado deixava aos particulares a missão de autoregularem os seus interesses, e que implicava necessariamente na visão absolutista dos direitos subjetivos, já não mais se mostrava adequada à efetiva proteção daqueles que não detinham os meios de produção e informação, não mais garantia o alcance de uma das finalidades da República: a proteção à dignidade da pessoa humana.

3 SERVIÇO PÚBLICO

No decorrer dos anos, a noção de serviço público sofreu notáveis alterações, especialmente no que tange à sua abrangência.

Meirelles (1999, p. 121) diz que serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado”.

Cretella Júnior (1979) já define serviço público como “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico de direito público”.

Mello (2002, p. 89) leciona que

serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses

que houver definido como próprios no sistema normativo.

Pietro (2008, p. 123) entende o serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Cada país, de acordo com as suas características e peculiaridades, abrange em seu ordenamento legal aquilo que considera como atividade de interesse público.

3.1 Princípios específicos no direito do consumidor

São eles: eficiência, cortesia, dignidade da pessoa humana, justiça, isonomia, honra, informação, atividade econômica e o da continuidade.

3.1.1 Princípio da eficiência

A eficiência corresponde a um princípio relativamente novo, de sorte que o prestador do serviço público deve sempre buscar o aperfeiçoamento do serviço, incorporando os melhores recursos e técnicas possíveis, sob pena de defasagem na prestação.

3.1.2 Princípio da cortesia

A cortesia corresponde ao atendimento público de forma urbana, educada e solícita. Pois como se vê à frente neste trabalho, o consumidor é o destinatário final do serviço, não podendo ser discriminado ou mal-tratado. Toda a sua reclamação ou pedido de informação devem ser respondidos. A lei consumerista, bem como a própria Constituição da República de 1988, confere ao cidadão direitos que o resguarde de abusos cometidos pelas prestadoras, tudo de acordo com a abordagem a ser discorrida no presente trabalho.

3.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental expresso na Carta Magna de 1988, mais precisamente em seu artigo 1º. É um valor já preenchido *ab inibiu*¹, pois todo ser humano tem a dignidade tão somente pelo fato de ser pessoa.

Ela é a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarida dos direitos fundamentais. Ainda que não seja definida, é visível sua violação, quando ocorre.

3.1.4 Princípio da justiça

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso I, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Convém explicitar que, até o início da Idade Moderna, em meados do século XVI, as comunidades decidiam seus litígios através da força. Com a evolução das sociedades, os homens abdicaram de seus direitos de decidirem individualmente por um terceiro que interviria nos conflitos. E, assim, criou-se a figura do Estado e, conseqüentemente, do Juiz que, entre alguns povos era chamado de Pretor. Com a figura do Juiz-Estado as pessoas atribuíram-lhe a função de julgar da maneira mais correta possível. Daí falar-se em Justiça.

No Brasil não ocorre de modo diferente; levam-se conflitos ao Poder Judiciário em última instância, quando não se consegue resolvê-los.

A justiça soma-se ao princípio da intangibilidade da dignidade humana, como fundamento de todas as normas jurídicas, na medida em que qualquer pretensão jurídica deve ter como base uma ordem justa.

3.1.5 Princípio da isonomia

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É o que prevê o artigo mais conhecido de nossa Constituição, o 5º.

Todavia, é importante entender que esse princípio não se aplica tão somente deste modo, pois, como bem asseverou Aristóteles, a

¹ De início.

isonomia decorre do fato de que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Ora, isso é bem correto quando verifica-se que em uma sociedade de seres humanos, ninguém é igual ao outro, nem física nem psicologicamente. E quando se observa a balança segurada pela deusa *Themis* em muitas simbologias do Direito, não se sabe, ao certo, o que ela significa.

Disso decorre a necessidade de aplicar-se este princípio com cautela, pois, como o trabalho demonstra, o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, haja vista que o fornecedor detém o poder econômico.

3.1.6 Princípio da honra

A honra se assemelha à dignidade, mas difere desta, pois a dignidade é uma garantia constitucional conferida a todos, independentemente de qualquer outro elemento valorativo ou normativo.

A honra é um valor social a que um indivíduo tem direito. Ela não impede sua objetivação como sendo a manifestação de estima e apreço conferida a alguém pelas outras pessoas. A honra está no âmago das pessoas de bem, estando ligada, ainda a outros conceitos, como coragem, honestidade e decoro.

3.1.7 Princípio da informação

O direito de informação será analisado neste trabalho sob três aspectos: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

A CF/88, em seu artigo 220, prevê que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Às pessoas é concedido esse direito. Ele existe por conta da informação. O inciso XIV do art. 5º, da CF/88, *in verbis*, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Quando a Constituição assegura o direito à informação, consequentemente, assegura o do direito de alguém ser informado e obriga alguém a fornecer a informação.

Verifica-se, nesse contexto, que os órgãos públicos tem não só a obrigação de prestar informações como a de praticar seus atos de forma transparente, atendendo ao princípio da publicidade.

Portanto, a informação deve ser verdadeira, clara e de forma a não induzir em confusão ou ambigüidade o destinatário da informação.

3.1.8 Princípio da atividade econômica

Ao definir como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados. Está, também, definindo, que o empreendedor tem de oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor.

No mercado de consumo em que se está inserido, são partes dele consumidores e fornecedores que tem, na ponta do consumo, o elemento fraco de sua formação, não porque o consumidor possa ser frágil econômica e financeiramente falando – como é na maioria das situações –, até porque o CDC (Código de Defesa do Consumidor) elenca outras pessoas que não tão-somente a física como consumidores, a exemplo de pessoas jurídicas como consumidores. O fato é que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, como receptor de modelos de produção unilateralmente definidos, sem sua participação, é necessário para que possa haver, com a intervenção do Estado, um equilíbrio nas relações de consumo.

Esse reconhecimento da fragilidade do consumidor se dá pela sua hipossuficiência técnica, isto é, ele não participa do processo de produção.

3.1.9 Princípio da continuidade

Este princípio é um dos mais importantes deste trabalho, pois é baseado principalmente nele que se fundamenta a argumentação, como se vê adiante.

Continuidade é a ausência de interrupção e está diretamente ligada à regularidade.

A Constituição Federal erigiu à condição de públicos vários serviços que entendeu desempenharem papel de extrema importância na sociedade, devendo ser sempre fornecidos visando à satisfação do seu interesse.

A importância do princípio da continuidade dos serviços públicos é demonstrada pelo fato de ser vedada, em regra, no âmbito dos contratos envolvendo o seu fornecimento a alegação da exceção de contrato não cumprido, como bem demonstra o professor Justen Filho (1997, p. 127):

O dispositivo não alude à interrupção em virtude de inadimplemento do poder concedente. O princípio da continuidade do serviço público exclui, como regra, a *exceptio inadimpleti contractus*. Ademais, a conduta do poder concedente não é hábil, em princípio, a produzir algum efeito tão nocivo ao concessionário que possa autorizar a suspensão da atividade.

Logo, conclui-se desde já que a interrupção do fornecimento de energia nos casos de não pagamento das contas de consumo pelo usuário jamais ocorrerá no interesse da coletividade², mas, sim, contra, pois não é demasiado difícil imaginar os nefastos efeitos que a interrupção, mesmo quando temporária, acarreta às pessoas.

Em síntese, estes são os princípios norteadores da prestação dos serviços públicos implicitamente agasalhados pelo texto constitucional. Na qualidade de verdadeiros princípios, sua força cogente independe de consagração em obra do legislador. Por outro lado, sua recepção em texto legal não lhe acarreta a perda do valor de fonte principal do direito, com as funções de fundamento, interpretação e integração do ordenamento. A conversão em lei, antes de degradá-los, tem o condão de reavivar a sua existência, a fim de que não sejam esquecidos pelos

² Cf. previsto no art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95.

agentes incumbidos da concreção dos fins da ordem jurídico-econômica. Os imperativos que governam a ordem jurídica, tendentes à purificação das condutas extrapoladoras do exercício normal dos direitos, praticadas ou não pelo mais forte economicamente, não concebem que tais princípios, plasmados no Código de Defesa do Consumidor, fiquem custodiados dentro do encerro legal.

4 SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

Levando em consideração o previsto no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, árdua é a tarefa de definir sobre qual serviço público pode ser, efetivamente, considerado essencial, cominando, inclusive, pelo cumprimento forçado da obrigação de fazer, de fornecer a referida prestação essencial e ainda pela reparação dos danos causados pela interrupção deste serviço.

Vale lembrar que a lei do consumidor não conceitua o que vem a ser considerado um serviço público essencial. Buscou-se nas fontes do Direito, num esforço de hermenêutica, desvendando-se por primeiro na Jurisprudência num Acórdão do Supremo Tribunal Federal publicado em 1956 em que foi Relator o Ministro Edgard Costa, uma primeira significação de serviços essenciais “tudo quanto constitui objeto de comércio, tudo quanto tenha um sentido de utilidade pública”.

Observa-se, nessa primeira manifestação do Judiciário, que se atribui ao serviço público essencial um sentido de pecuniaridade, destacando-se sua natureza de utilidade pública.

Nem mesmo a Lei Delegada nº 4/1962 que, consoante interpretação do Superior Tribunal de Justiça, “confere a União o poder de intervir no domínio econômico a fim de garantir a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo”, estipulou claramente quais são os serviços essenciais a serem considerados.

A Lei nº 7.783/1989, conhecida como “Lei de Greve”, conferiu contornos mais compreensíveis sobre o que vem a ser serviço essencial, especificamente no seu artigo 11, parágrafo único, definindo que serviço público essencial “são necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

Portanto, integrando a norma em sua finalidade, pode-se construir o conceito de serviços públicos essenciais, como aqueles serviços ou atividades essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades urgentes da comunidade, ou seja, das necessidades que coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Destarte, convém destacar dispositivos legais da referida Lei nº 7.783/89, que assim dispõe em seu artigo 10:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e **distribuição de energia elétrica**, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI - compensação bancária. (grifo nosso)

Pode-se entender, portanto, que a continuidade dos serviços denominados essenciais não alcançam apenas e tão-somente situações em que há interrupção por motivo de greve, mas também, a quaisquer tipos de interrupção, seja por cobrança de dívidas ou por falta do próprio serviço, isto porque pela natureza essencial da prestação, condizente com a própria subsistência digna do homem, vedando-se que se reduza, prejudique ou agudize a qualidade de vida, que, por muitas vezes, constitui-se na própria realização da cidadania, fundamentos defendidos e insculpidos no artigo 1º da Constituição da República de 1988.

De sorte que muitos juristas consideram todo serviço público essencial, vez que, pelo simples fato de ser público, já carrega consigo o caráter da essencialidade. Sendo público e essencial possui caráter real e concreto de urgência, logo, necessidade concreta e efetiva de sua prestação.

O serviço público essencial, como já conceituado, deve ser compreendido na mesma categoria de serviço gratuito, como saúde, educação, segurança pública, colocados à disposição da coletividade como um todo. Pode-se, nesse diapasão, afirmar que a sua suspensão coloca em risco a própria vida do consumidor, concluindo que a interrupção ou suspensão da prestação do serviço é inconstitucional, mesmo havendo inadimplência do usuário, como procurou-se demonstrar neste trabalho acadêmico.

É tarefa extremamente confortável do poder público ou de suas concessionárias, a simples interrupção do serviço por falta de pagamento. Além de prática odiosa, na medida em que há meios próprios para a cobrança de débitos. Afinal, essencialidade não se discute; sendo essencial, o serviço deve ser prestado.

5 A COBRANÇA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

5.1 Ação regular de cobrança

A cobrança de uma dívida é ação regular do credor em relação ao devedor. O Código de Defesa do Consumidor não proíbe, pois existem ações próprias para esse fim. O que é proibido no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, o consumerista, é a cobrança abusiva que será detalhada no próximo subitem.

5.2 Condutas vedadas

No escopo do artigo 71 do CDC, observa-se uma tipificação penal, ou seja, uma conduta comissiva passível de sanção se o sujeito se encontrar em seus moldes, senão vejamos, *in litteris*:

Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações

falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

Portanto, estas condutas estão expressamente proibidas no Código, e a sua utilização caracteriza a cobrança abusiva.

5.2.1 Ameaça

Existem dois tipos de ameaças no âmbito do Direito do Consumidor: a permitida e a proibida.

A ameaça permitida é aquela em que o fornecedor se serve para “intimidar” o consumidor a lhe pagar ameaçando processá-lo ou que vai negativar o nome junto às instituições de proteção ao crédito, como SPC, SERASA.

Contudo, a ameaça vedada no CDC é aquela que o fornecedor utiliza em face de expor o consumidor ao ridículo, ameaçando-o de informar sua situação aos seus amigos, contar para familiares, ou como no caso em análise que vai suspender o fornecimento do serviço se o pagamento não for efetuado em prazo determinado unilateralmente pelo fornecedor.

5.2.2 Coação

É o exercício de uma ação contra a vontade do consumidor inadimplente. É o caso da suspensão do fornecimento de um serviço essencial público, como a energia elétrica, sob a alegação de o consumidor estar com débitos.

5.2.3 Constrangimento físico ou moral

Todas as práticas que expõem o consumidor a risco de saúde ou à sua integridade física caracterizam constrangimento.

Observa-se que a ameaça da suspensão do serviço essencial, energia elétrica, é conduta vedada no CDC. A sua efetivação caracteriza a coação e os seus efeitos geram constrangimento ao consumi-

dor, ainda que ele esteja inadimplente, pois a energia, como todos os outros serviços essenciais públicos, devem ser prestados de forma contínua.

5.2.4 Afirmações falsas, incorretas ou enganosas

Pode-se verificar essa atitude ilegal em cobradores que atribuem a si outra função para obterem vantagem em sua cobrança, como é o caso daqueles que dizem que são oficiais de justiça, advogados e até delegados ou agentes de polícia.

5.2.5 Exposição ao ridículo

É o caso do fornecedor que coloca uma lista na porta de sua loja com o nome dos inadimplentes; da escola que impede o aluno inadimplente de assistir aula ou até realizar exames rotineiros. Todas essas situações denotam uma exposição do consumidor ao ridículo, proibida no Direito do Consumidor.

5.2.6 Interferência com trabalho, descanso ou lazer

Do exame deste item, podemos interpretar que existe uma semelhança nessa atitude com o constrangimento moral, sendo que este decorre daquele, pois a interferência no trabalho, descanso ou lazer gera constrangimento ao consumidor cobrado.

Não se quer, todavia, fazer apologia à inadimplência, mas mostrar que ao fornecedor é disponibilizado todo o aparato do Poder Judiciário para intentar quantas ações judiciais necessitar com o fim de coibir esse tipo de atitude. Cabendo ao magistrado decidir, sob a égide do ordenamento jurídico, cada caso.

5.3 Ações judiciais cabíveis

O Poder Judiciário, com força do inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não poderá se furtar de decidir uma lide processual.

Melhor ainda ficou a situação do fornecedor para ajuizamento de ações a partir do ano de 1995, com a criação dos Juizados Especiais, em que se julgam as ações que não ultrapassem quarenta salários-mínimos. E a maioria dos débitos é de pequena monta.

Logo, o meio legal para cobrar o consumidor inadimplente é uma ação judicial de cobrança, realizada sob os ditames da lei processual do nosso país.

6 IMPOSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EXTRAJUDICIALMENTE

Após o advento da Lei nº 8.987/95, a qual normatizou os institutos da concessão e permissão dos serviços públicos, vários foram os autores que decretaram peremptoriamente que a partir daquela data a interrupção da prestação dos serviços públicos por falta de pagamento encontrava-se legalizada, e, portanto, autorizada, ante os termos do § 3º, inciso II, do seu art. 6º, *verbis*:

Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

(...)

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

(...)

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Destarte, em que pese a letra fria do texto legal, o artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95, viola inúmeros dispositivos constitucionais e, inclusive, o princípio constitucional da continuidade dos serviços públicos, como dantes exposto.

Em análise do princípio da boa-fé, entende-se o seguinte: segundo a doutrina civilista clássica, boa-fé é a intenção pura, isenta de dolo ou malícia, manifestada com lealdade e sinceridade, de modo a

não induzir a outra parte ao engano ou erro. É a chamada boa-fé subjetiva, um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetível de lesionar os direitos de outrem.

Atualmente, a noção clássica de boa-fé subjetiva vem cedendo espaço à sua face objetiva, a qual leva em consideração a prática efetiva e às conseqüências de determinado ato em lugar de indagar sobre a intenção do sujeito que o praticou.

A boa-fé objetiva diz respeito a elementos externos à norma de conduta, que determinam como se deve agir. É um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade.

Quando as empresas-concessionárias ameaçam suspender o fornecimento de energia elétrica aos usuários, sob o fundamento de existirem débitos tarifários, e ainda, apurados unilateralmente, estão a agir em desconformidade à boa-fé objetiva, vale dizer, de forma desleal, injusta, eis que desproporcional ao fim a que se destina se apresenta a prática empreendida, pois o único objetivo é o de constranger ao máximo os devedores, que na grande maioria das vezes não possuem meios técnicos e financeiros para salvaguardar os seus interesses.

Em face disso, muitas vezes os incautos usuários pagam o que não devem por temerem o pior: a perda do seu pequeno estabelecimento ou até mesmo a impossibilidade de suprirem as suas necessidades básicas, o que vem a representar um ato reprovável, desumano e ilegal, colocando o lucro do empreendimento à frente do interesse maior da sociedade que é o de receber o fornecimento dos serviços públicos sem solução de continuidade.

As concessionárias de energia elétrica, sob o pseudo manto da legalidade, optam pelo meio mais gravoso de cobrança da dívida, meio esse que não se revela razoável, tampouco proporcional à sua finalidade. É preciso deixar bem claro que a parêmia *dura lex, sed lex*, cedeu lugar à necessidade de decidir-se com razoabilidade as situações em concreto, pois o compromisso maior do Estado de Direito é com a justiça.

A energia elétrica é, hodiernamente, bem de uso vital a qualquer pessoa, e não meramente facultativo como se pensava anteriormente. É

impensável a sobrevivência digna de qualquer ser humano ou a manutenção e desenvolvimento de qualquer atividade econômica sem que dela se faça uso. A vida moderna sem energia elétrica é impensável.

Por isso, as concessionárias de serviços, às quais exercem funções delegadas pelo Poder Público, não possuem o direito ou poder de deixarem de prestar um serviço que, na atualidade, apresenta-se de vital importância à sociedade. E ainda pode-se complementar que a energia elétrica não somente é importante à vida, como também à manutenção da mesma.

Entretanto, a partir do momento em que as concessionárias de energia elétrica se arrogam no direito de suspender o seu fornecimento, ante o não-pagamento das contas de consumo, estão, na verdade, a subtrair do crivo do Poder Judiciário o monopólio da Jurisdição, instituindo verdadeiro Tribunal de Exceção: alegam existirem débitos e ameaçam suspender o fornecimento de energia se não ocorrer o pagamento dos valores que entende devidos.

O princípio do devido processo legal entra no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Magna Carta inglesa: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV)”. Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

As empresas-concessionárias, ao ameaçarem suspender unilateralmente o fornecimento de energia elétrica ao usuário, até mesmo em razão do não-pagamento de contas de consumo, estarão, ao impedir que o mesmo possa contestar os valores que alegam serem devidos, a ele transferindo o ônus de ingressar em juízo para impugnar valores que desconhece completamente: a medição do consumo, a apuração e o cálculo utilizado são do exclusivo conhecimento das empresas, e não dos consumidores.

Logo, depreende-se que as concessionárias criam inúmeros obstáculos para que os eventuais prejudicados possam defender-se regularmente, dado ser curial que este obstáculo se traduz em um entrave, conforme a hipótese até mesmo insuperável, ao atingimento da finalidade do objetivo do constituinte, que foi a de propiciar pleno acesso ao Poder Judiciário.

A jurisprudência nacional já vem demonstrando o seu entendimento sobre o assunto. Senão vejamos abaixo.

A decisão judicial que bem demonstra a nova posição do Judiciário foi proferida pelo culto Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 8.915-MA, os seguintes termos:

É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente. 2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 4. Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. 5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade. 6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. 7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

O Tribunal de Justiça do Maranhão, em decisão corajosa, foi além: determinou a suspensão dos efeitos da Portaria que respaldava o corte do fornecimento de energia elétrica ante a ausência de pagamento das contas de consumo. O Des. Antonio Guerreiro Júnior, em 2 de agosto de 1.999, concedeu liminar a pedido do Ministério Público, determinando a suspensão dos efeitos da portaria nº 222/87 do DNAEE, que autoriza o corte do fornecimento mensal dos consumidores.

Segundo o Desembargador, as normas da portaria ferem os direitos e garantias individuais, bem como afrontam o Código de Defesa do Consumidor.

No Estado de São Paulo, deve ser destacado o posicionamento adotado pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil, notadamente do seu ilustre Vice-Presidente, Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, que, em algumas ocasiões, impediu a pretensão à interrupção do fornecimento de energia elétrica como meio de cobrança de dívidas:

Foi o que decidiu a 10ª Câmara do 1º TACivSP, nos autos da apelação nº 779.381-1, julgada em 29.09.98, onde se declarou ser ilegal a suspensão do fornecimento de energia elétrica visando compelir o usuário a pagar pretensão débito tarifário. Neste caso específico, o acórdão reconheceu ter ocorrido violação do relógio medidor, mas, mesmo nessa hipótese, impediu o corte no fornecimento de energia elétrica.

Inclusive, no 40º Congresso do Consumidor, realizado em Gramado concluiu-se que o direito de proteção ao consumidor é cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5º, XXXII CF/88).

O Juízo da 8ª Vara de Falências da Capital do Rio de Janeiro concedeu liminar em uma ação coletiva, proposta pelo núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública, determinando a proibição de cortar a luz dos consumidores por falta de pagamento ou mesmo constatação de outras irregularidades.

A ação coletiva foi interposta contra a Light e Cerj, sendo acolhido o argumento da Defensoria Pública, no sentido de que o desligamento de energia, pautada na Portaria 466/97 do DNAEE (agora pela Agência Nacional de Energia Elétrica), fere a Constituição, permitindo a imposição unilateral de dívidas sem observância do devido processo legal, além de submeter o consumidor a constrangimento e ameaça na cobrança de dívidas, o que é vedado pelo

Código de Defesa do Consumidor, exigindo mecanismos legais para a cobrança de créditos.

Em Juiz de Fora/MG, o Ministério Público Estadual, através da Promotoria de Justiça do Consumidor, ingressou com Ação Civil Pública em face da CEMIG por idêntico fundamento legal, argumentando a ilegalidade do corte de energia elétrica, que constitui prática abusiva, em flagrante desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor.

O reconhecimento da ilegalidade do corte em relação ao serviço essencial é patente, a exemplo da sentença da Juíza Aparecida Oliveira, de Anápolis, Goiás, que expressamente considerou o corte ilegal.

O STJ (Superior Tribunal de Justiça), já se pronunciou a respeito da impossibilidade da interrupção de serviço essencial, *in verbis*: “Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento (Proc. REsp. 201112)”.

Na esteira do entendimento pretoriano, o corte de fornecimento de energia elétrica é ilegal, conforme julgado da Colenda Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O r. aresto faz menção ao eminente Desembargador Protásio Leal, afirmando que deve a concessionária aguardar o pronunciamento da Justiça, não podendo exigir de imediato o pagamento do alegado débito sob ameaça de corte de fornecimento de energia elétrica, “sendo o serviço prestado bem indispensável, não pode ser ele suspenso bruscamente sem motivo justificado”.

Em idêntica direção, decidiu a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça Catarinense, em reexame de sentença de Ação de Mandado de Segurança, pela confirmação da sentença *a quo*, fundamentando que se “houver débito a cobrança deverá ser feita pela via própria. O que não pode é o usuário ser coagido a pagar o que julga razoavelmente não dever sob o teor de ver interrompido o fornecimento de energia elétrica bem indispensável na vida humana”.

Apreciando caso semelhante, assim decidiu a Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Ementa: Mandado de segurança. Ato praticado por concessionária de serviço público. Ameaça de corte no fornecimento de energia elétrica, por

falta de pagamento de fatura. Segurança concedida. Decisão confirmada. Tratando-se de serviço essencial o fornecimento de energia elétrica, para possibilitar a continuidade da empresa-impetrante, o ato da concessionária, que ameaça cortar tal fornecimento por falta de pagamento da fatura é ilegal e abusivo podendo ser afastado via mandado de segurança.

E numa decisão bem recente observamos o mesmo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, senão vejamos a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO RELATIVO À RECUPERAÇÃO DE CONSUMO NÃO FATURADO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COMO FORMA DE COMPELIR AO PAGAMENTO. ILEGALIDADE. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. DÉBITO SUB JUDICE. FIXAÇÃO DE MULTA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO.

I - Mostra-se indevido e injusto o procedimento da CEEE-D em cortar o fornecimento do serviço por falta de pagamento de débito relativo à recuperação de consumo, em franco desrespeito às garantias constitucionais do cidadão e ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se trata de serviço público essencial, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação.

II - Incabível a inscrição do nome do ora agravado nos órgãos de proteção ao crédito enquanto se discute judicialmente não só a sua responsabilidade pelo suposto débito e seu montante, mas também a própria existência deste.

III - O valor fixado a título de multa diária ($\frac{1}{2}$ salário mínimo nacional, limitado a 30 dias-multa), para o caso de descumprimento da decisão, não se mostra excessivo em relação à medida que destina proteger, devendo ser mantido, pois observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Agravo de Insturmento nº. 70031426463. Rel. Des. Francisco José Moesch. 21ª Cam. Cível. TJRS. 23.09.2009. (grifo nosso).

O mais recente entendimento foi em maio deste ano de 2010, no X Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – BRASILCON, ocorrido na cidade de Florianópolis/SC, quando foi aprovada por unanimidade a tese do autor “Há ilegalidade na suspensão do fornecimento de serviços públicos essenciais como meio de cobrança extrajudicial em inobservância ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

Diante do exposto, de clareza solar, é que restou configurada ser a suspensão do fornecimento de energia elétrica uma conduta ilegal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os serviços de natureza pública, que retratam interesse social, passaram a ser considerados essenciais para a própria subsistência humana, devendo proporcionar, no mínimo, uma vida digna ao homem.

Pode-se entender que todo serviço público, pelo simples fato de retratar uma necessidade coletiva, é carimbado pela essencialidade.

A suspensão desse serviço somente é permitida em casos extremos, e ainda assim, com autorização judicial para que se evite o que acontece hoje em dia: as empresas concessionárias utilizam a suspensão como meio de cobrança, caracterizando, dessa maneira, cobrança abusiva, logo, ilegal.

Suspender o fornecimento de um dos serviços públicos essenciais enumerados é afrontar a própria Constituição da República em seu mais importante capítulo que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Há de se convir que o Direito é uma ciência social e, como tal, deve evoluir com a sociedade para a qual ela se insere. E com o avanço dos conceitos, inclusive da vida, entende-se que a energia elétrica é indispensável no dia-a-dia.

As empresas fornecedoras de energia elétrica não estão impedidas de cobrar os débitos de seus consumidores, todavia, deverá se cercar dos meios legais para tanto.

Não se está defendendo o inadimplemento ou o “calote” generalizado. O que se defende é a proteção da vida humana e das condições para o seu desenvolvimento, que está acima, como sabido, dos lucros a serem alcançados pelas concessionárias e, por que não dizer, do próprio Poder Público. Se um consumidor não tem condições de arcar com as despesas atinentes à prestação do serviço público, que o Estado, observando-se, inclusive o princípio da razoabilidade, inclua-o num programa de assistência social que proporcione a sua subsistência.

Está caracterizada em prática verdadeiramente *manu militari*, a conduta das concessionárias, contando com a anuência e conivência do poder público, quando suspendem o fornecimento de um serviço público em face do inadimplemento do consumidor.

Até porque, se há inadimplência, que se cobre do usuário pela via adequada, qual seja, a judicial. Neste aspecto, conforme julgados vistos em casos específicos já referidos, o ordenamento jurídico pátrio, há muito tempo, repeliu a prática de se fazer Justiça com as próprias mãos, ou mesmo o castigo para determinados comportamentos, no caso, a cobrança do inadimplente só pode ser realizada pelas vias legais, nunca pela ameaça ficta ou real, neste caso a suspensão do serviço essencial até então prestado.

Uma sociedade consciente obriga os fornecedores de serviços à prestação com maior qualidade, não pela boa-vontade deles, mas sim temendo a intervenção estatal na relação, sendo isto provocado pelo consumidor insatisfeito com o serviço prestado.

E assim, pode-se viver numa sociedade onde realmente tem-se direitos e justiça.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

DERANI, Cristiane. Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 29, p. 29-39, jan./mar. 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A proteção contratual no código do consumidor e o âmbito de sua aplicação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 27, p. 57-77, jul./set. 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do código de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 42-78, jul./set. 1995.

**DISCURSOS
INSTITUCIONAIS**

DISCURSO DE RECONDUÇÃO AO CARGO DE PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA*

Senhoras e Senhores,

Hoje é um dia extraordinário, que encerra a primeira metade de um ciclo de crescimento institucional iniciado com minha posse para o primeiro mandato à frente do Ministério Público; e inaugura a segunda metade do ciclo, com minha recondução ao elevado cargo de Procuradora-Geral de Justiça, inspirada no sentimento de união e trabalho. Evoca, também, a inesquecível emoção que senti ao ingressar nos quadros do Ministério Público, no ano de 1987.

Em um breve balanço sobre a atuação do Ministério Público nas duas primeiras décadas da promulgação da Constituição Cidadã, constata-se que a Instituição vem se desincumbindo com louvor de sua tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Republicana.

Quanto às perspectivas para o atual Milênio, o Ministério Público precisa estar preparado para o exercício de seu papel, em todas as suas dimensões, porque as crescentes demandas sociais impõem à Instituição um desempenho muito mais amplo do que o tradicional.

De fato, o próprio legislador constituinte, ao aparelhar o Ministério Público com os instrumentos da recomendação e do termo de ajustamento de conduta já vislumbrava a impossibilidade de judicialização de todos os problemas que afligem a sociedade brasileira. Na verdade, a pacificação social contemporânea demanda, mais do que qualquer outra coisa, solidez, eficiência e transparência dos Poderes e das Instituições republicanas.

* Discurso pronunciado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão *Dr^a Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro* (Biênio 2010-2012) em 14/06/2010.

Há muito o Ministério Público começou um movimento de aproximação da sociedade, permitindo a percepção de que a atuação que o País realmente necessita da Instituição vai muito além do exercício do papel de provocar e fiscalizar.

Hodiernamente, já não cabe ao Ministério Público simplesmente exigir a fria aplicação da letra da lei, apenas ajuizando ações civis públicas, em um Judiciário abarrotado de trabalho. É necessário, antes de mais nada, uma atuação ousada, de natureza resolutive. É necessário sentar à mesa de discussões, apontar caminhos, compreender a dimensão multifacetada dos problemas, corrigir rumos. Buscar, enfim, a solução compartilhada dos problemas, para a concretização do bem comum.

Por isso, é cada vez maior a responsabilidade de comandar o Ministério Público, uma Instituição republicana de grande credibilidade, da maior relevância no contexto das mudanças necessárias a um país que viu nascer um novo tipo de cidadão: o cidadão bem informado sobre as grandes questões humanas e comprometido com a busca de soluções para os grandes problemas de seu tempo.

Com efeito, devemos estar sempre mobilizados para evitar redução ou supressão de atribuições e prerrogativas do Ministério Público, porque a sociedade brasileira, que já conhece tão bem a Instituição e exige seu pleno funcionamento, que já sabe a contribuição que temos dado e que podemos dar à Nação, não merece retrocesso na sua atuação destemida. A final, parafraseando o poeta Tiago de Melo, “não somos melhores nem piores, a nossa causa é que é melhor”.

Por isso, não podemos aceitar as constantes tentativas de intimidar ou diluir o poder investigatório da Instituição, tais como: a famigerada Lei Maluf; a possibilidade do inquérito civil ser presidido por delegados de polícia; e a criação de um recurso interno, que, na prática, permite a interposição de seguidos recursos para questionar qualquer ato praticado no inquérito civil, tornando-o lento e ineficaz.

A luta perene e a eterna vigilância não têm sido em vão, conforme provam recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o poder investigatório do Ministério Público.

Quando assumi meu primeiro mandato, firmei um sólido compromisso com a eficiência da atuação institucional e com a valorização dos membros e dos servidores do Ministério Público, no intuito de reavivar o entusiasmo de cada um em fazer parte de uma grande Instituição Republicana.

Dei continuidade e intensifiquei a luta em nível nacional e estadual, pela alteração do art. 20 da Lei Complementar nº 101/2000, visto ser totalmente insuficiente o percentual de 2% destinado ao Ministério Público, considerando: a relevância da Instituição, o seu caráter nacional e a necessidade de manter a paridade com o Poder Judiciário, aquinhado pela Lei de Responsabilidade Fiscal com 6% da Receita Corrente Líquida do Estado.

Ao longo do primeiro mandato, destacam-se: as melhorias realizadas em 97 Promotorias de Justiça e Órgãos da Administração Superior e outros Órgãos Ministeriais; a interligação de 100% das Promotorias de Justiça à rede Unirema; a aquisição de 37 veículos e um ônibus para as Promotorias Itinerantes da Capital, centenas de equipamentos, aparelhos, mobiliários e livros; bem como a economia de mais de R\$ 6 milhões de reais em licitações.

Adotei o modelo de itinerância da Administração, estimulando a participação dos membros na solução dos problemas da Instituição, fomentando a pacificação da classe.

Realizei o concurso para ingresso na carreira, com a nomeação de 37 novos Promotores de Justiça, objetivando atender a crescente demanda pelos serviços prestados pela Instituição.

Consolidei a política de valorização de membros e servidores, assegurando seus direitos, notadamente na seara estipendial.

Aperfeiçoei a transparência do Ministério Público no relacionamento com a sociedade, mediante o aprimoramento do Portal do MP e a divulgação de notas oficiais de esclarecimento, informando sobre acontecimentos institucionais geradores de expectativas e debates no seio da sociedade.

Trabalhei intensamente no aumento da Produtividade dos Órgãos Colegiados, alcançando o zeramento de todos os processos distribuídos ao longo de 2009.

Fomentei a atividade-fim da Instituição, com a nomeação e redistribuição de servidores e apoio concreto às ações de membros do Ministério Público.

Priorizei os investimentos na modernização do parque tecnológico; em estrutura e na capacitação de membros e servidores, com destaque para a Escola Superior do Ministério Público.

Nessa longa e profícua jornada, reconheço e agradeço o fato de que o Governo do Estado sempre se mostrou sensível às necessidades da Instituição. De igual modo, o Poder Legislativo, cujos ilustres parlamentares sempre foram receptivos aos projetos encaminhados pelo Ministério Público, todos aprovados celeremente. Selou-se, desse modo, uma nova forma de relacionamento interinstitucional com os Poderes do Estado, baseada no respeito mútuo e na crescente confiança na solidez das instituições republicanas.

Tenho certeza de que muito foi feito. Mas há muito a fazer, há muito a avançar. Há um grande espaço a ser percorrido na busca pelo aperfeiçoamento dos serviços prestados pelo Ministério Público a uma sociedade cada vez mais consciente e ávida por resultados.

Para este mandato que se inicia, as prioridades são: dar continuidade às obras e reformas em andamento; ampliar as conquistas alcançadas; continuar a investir em um perfil dinâmico e moderno da Instituição, em bases sustentáveis, com ênfase na valorização de membros e servidores.

Afirmo, com orgulho, que sou uma pessoa obstinada na busca pela consolidação de um Ministério Público estruturado, eficiente e transparente, funcionando em sua plenitude. Também sou otimista, e compartilho o sentimento de Winston Churchill ao expressar que “o pessimista vê dificuldade em cada oportunidade; o otimista vê oportunidade em cada dificuldade”.

Nessa busca incessante, torna-se necessário o imprescindível apoio dos meus eminentes pares, Promotores e Procuradores de Justiça, a quem agradeço o voto de confiança.

Agradeço aos integrantes dos Órgãos da Administração Superior e da Corregedoria-Geral do Ministério Público o apoio e o empenho na resolução das questões institucionais mais relevantes, com a clara percepção de que é necessário valorizar a segunda instância do

Ministério Público; a experiência de quem galgou o grau mais elevado da carreira.

Agradeço, também, os servidores do Ministério Público, pelo comprometimento e zelo demonstrado no desempenho de suas tarefas.

Dedico este momento singular da minha existência à memória de minha mãe e de Raimundo, em homenagem ao amor incondicional que compartilhamos.

Agradeço à minha família, em especial a meu pai Manoel de Jesus e a minhas filhas Faberi e Tarsila, bem como aos meus amigos, o apoio que nunca me faltou.

Agradeço, sobretudo, a Deus, em cuja luz depositamos nossas esperanças; nos mantemos no caminho da sabedoria; e, assim, realizamos obras maravilhosas.

Muito obrigada.

DISCURSO DE RECEPÇÃO À PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA POR OCASIÃO DE SUA POSSE*

Fixem-se em uma hipotética imagem que pode ser colocada em qualquer um dos cantos deste recinto, e vamos parar um pouco, todos juntos, para observá-la.

Cada um, desde qualquer ponto, achará que a imagem observa tão somente a si.

Aos que estão a oeste, lhes parecerá que a imagem os observa do leste. Aos que estão a leste, lhes parecerá que a imagem os observa do oeste. E assim, se sucederá também para aqueles que estão ao norte ou ao sul.

E quando, por experiência, alguém mudar de lugar do leste para o oeste ou do norte para o sul, perceberá que o olhar da imagem vai mover-se continuamente consigo e que tal olhar não o abandonará mesmo que se mova em direções diametralmente opostas.

Ficarão assombrados, em primeiro lugar, quando perceberem que a imagem vê, de uma só vez, a todos e a cada um dos senhores.

Em segundo lugar, mesmo sabendo que cada um dos aqui presentes possuem diferentes idéias e visões de mundo, todos descobrirão, através dessa alegoria da imagem, que em meio à diversidade sempre pode haver uma unidade.

Era assim que o Cardeal e Filósofo Nicolas de Cusa provava aos seus alunos que todas as diferenças possuem um mínimo em comum.

As diferenças de olhar, de forma de agir ou pensar sempre existirão. Cabe a nós respeitá-las e aprender a conviver com elas, vez que as mesmas servem de estímulo para o nosso crescimento.

Ultrapassado mais um processo eleitoral no âmbito do Ministério Público do Maranhão, Senhora Procuradora Geral de Justiça, ora

* Discurso pronunciado pelo Procurador de Justiça *Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau* em 14/06/2010.

empossanda, é que, empunhando a bandeira da união, conclamamos Vossa Excelência a bem conduzir os destinos da nossa Instituição durante o biênio que agora se inicia.

A harmonia da qual falamos não é sobre vã perdida no vento. Ela é palavra que pode ser vista, eis que deve ser materializada, em nível interno e externo, em gestos e ações do cotidiano administrativo e da política institucional.

Somente unidos no plano interno, nós, Promotores e Procuradores de Justiça, estaremos preparados para enfrentar o nosso desafio laboral diário. E este, por sua vez, pode ser traduzido na missão de concretização dos direitos humanos.

Vossa Excelência, Senhora Procuradora Geral, desde os tempos de Promotora de Justiça com atuação marcante no combate ao crime e no combate à violência contra a criança e ao adolescente, já comprovou possuir sabedoria jurídica e força de trabalho ímpares.

É chegada a hora de aliar tal luz e força à experiência adquirida no primeiro biênio de vossa administração à frente do Ministério Público maranhense.

Com a reunião desses fatores, a necessária reestruturação do nosso Ministério Público e o sucesso desse segundo biênio serão apenas questões de tempo.

A legitimidade para o exercício do novo mandato, tanto veio da expressiva votação nas urnas, quanto da nomeação realizada pela chefia do executivo, que seguiu os critérios estabelecidos pelo sistema de freios e contra-pesos adotado pela nossa Constituição Federal. Carta Magna esta, diga-se de passagem, feita por cada um de nós através de nossos representantes eleitos.

Enfim, estão estabelecidas as condições para a paz e o engrandecimento interno.

No plano externo, na mesma linha de raciocínio, deve Vossa Excelência conclamar também a união.

União de esforços entre Governos Municipais e Estadual, Parlamento, Judiciário, Promotores e Procuradores de Justiça, demais agentes públicos, e iniciativa privada, para que, juntos, possam garantir melhorias nas condições de educação, de saúde, de trabalho, de moradia, e de segurança do povo maranhense.

Essa é a estrutura que o Maranhão necessita para acompanhar o visível crescimento do Brasil. E tenho certeza que nenhuma dessas Instituições aqui enumeradas vai fugir à luta. Ao contrário disso, cerrará fileiras juntamente com o Ministério Público maranhense diante de todos os desafios que surgirem.

Como foi de fácil entendimento, os nossos olhares, no presente momento, convergem para o mesmo ponto. O objetivo de todos e de cada um de nós neste recinto é absolutamente o mesmo, qual seja, o de engrandecer o nosso Estado, garantindo aos nossos concidadãos, cada vez mais, dignidade em suas vidas.

Para tanto, só nos resta promover a paz necessária para esse crescimento.

Apoiado nesse sentimento, é que afirmamos, para finalizar, que não se pode compreender a união de todos nós sem que seja para proporcionar um Maranhão melhor; ao passo em que não é possível se compreender um Maranhão melhor sem a união de todos nós.

A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros pensadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As idéias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes: **a)** redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em uma via impressa, juntamente com o respectivo arquivo eletrônico, em formatação *Word for Windows*; **b)** apresentados em papel A4; **c)** configurados em espaço simples; **d)** escritos em tamanho 12, com base na fonte *Times New Roman*; **e)** adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas.
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como resumo e abstract, constituídos de uma seqüência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave e key words logo abaixo do resumo e abstract, separadas entre si por ponto;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO
Coordenadoria de Documentação e Biblioteca
Rua Oswaldo Cruz, nº 1396 - Centro - São Luís – Maranhão
CEP: 65020 – 910 - Tel.: 0XX (98) 3219-1656 - Fax.: 0XX (98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@mp.ma.gov.br

