

ADVOCATUS

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE

PERNAMBUCO



“ Deixo como herança espiritual o meu credo político-jurídico, como legado às novas gerações. ”
1918 / 2009

Homenagem ao Professor Pinto Ferreira



MAIS DE 70 ANOS DE TRADIÇÃO JURÍDICA.

Fundado em 1937, URBANO VITALINO ADVOGADOS completa mais de 70 anos de atividade jurídica, primando pela excelência na prestação de serviços em advocacia, proveniente de sua sólida formação e experiência.

O Escritório, que conta com uma equipe de mais de 130 profissionais, atua em todas as áreas da advocacia empresarial e mantém atividades nas cinco regiões do Brasil, além de parcerias nos Estados Unidos, América Latina e Europa.



URBANOVITALINO
ADVOGADOS

RECIFE | BRASÍLIA | FORTALEZA | JOÃO PESSOA | NATAL | MACEIÓ

www.urbanovitalino.com.br

EXPEDIENTE

Diretoria da OAB-PE
Presidente

Jayme Jemil Asfora Filho
Vice-Presidente

Carlos Eduardo Gomes Pugliese
Secretário-Geral

Leonardo Accioly da Silva
Secretário-Geral Adjunto

Pelópidas Soares Neto
*

Diretoria da ESA-PE
Diretor-Geral

Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Tesoureiro

Carlos Eduardo Ramos Barros
Diretor-Secretário

Carlos da Costa Pinto Neves Filho
Diretor de Comunicação

Emílio d'Almeida Lins

Diretor Cultural

Venceslau Tavares Costa Filho
*

Conselho Editorial
Presidente

Ronnie Preuss Duarte

Membros

Carlos da Costa Pinto Neves Filho

Carlos Eduardo Ramos Barros

Emílio d'Almeida Lins

Venceslau Tavares Costa Filho

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo Carneiro da Cunha



Projeto gráfico, jornalismo e realização:

Carlota Comunicação

Coordenação do Projeto: Carla Pessoa Guerra

Fotografia: Luciano Costa,

Léo Caldas (Ag. Titular), Marcos Costa

Comercialização: Carlota Comunicação

Fone: (81) 3091.5068 / 8728.2132

E-mail: agencia@carlotacomunicacao.com.br

Tiragem: 14.000 exemplares

Impressão: Gráfica Santa Marta
*

A revista **Advocatus Pernambuco** é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB-PE.

A revista **Advocatus Pernambuco** não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.



ESA - OAB-PE

Rua do Imperador Dom Pedro II, 307
Edf. Armando Monteiro Filho, 1º Andar

Santo Antônio - Recife-PE

CEP 50010-240

e-mail: esape@smartsat.com.br

Fone: (81) 3224.7282

Fax: (81) 3224.2425

SUMÁRIO

I. ENTREVISTA

Desembargador Jones Figueirêdo 6

II. CREDO JURÍDICO-POLÍTICO

Luiz Pinto Ferreira 15

III. BIOGRAFIA

Luiz Pinto Ferreira 17

Por **Maria Regina Davina Pinto Ferreira**

IV. DEPOIMENTOS

1. **Mestre Pinto Ferreira** 20

Por **Cláudio Souto**

2. **O Intelectual do Século** 22

Por **Dorany Sampaio**

3. **O Professor Pinto Ferreira** 23

Por **Ivo Dantas**

4. **O Mestre Pinto Ferreira** 25

Por **Roque de Brito Alves**

V. ARTIGOS

1. **Controles Migratórios. Inadmitidos. O que fazer? Opções para as pessoas e para os Estados.** 26

Por **André Regis**

2. **Súmula ou Jurisprudência Vinculatórias?** 36

Por **André Vicente Pires Rosa**

3. **A Justiça Constitucional Multiportas e a Sociedade de Risco** 41

Por **Dayse de Vasconcelos Mayer**

4. **Criação do Distrito Estadual de Suape: Afrenta ao Pacto Federativo e à Autonomia Municipal?** 49

Por **Eduardo Augusto Paurá Peres Filho**

5. **“Desconstitucionalização” ou Golpe? Análise da Pec N. 341/09** 56

Por **Glauco Salomão Leite e Marcelo Labanca Correa de Araújo**

6. **As Denominadas Sentenças Paradigmas** 68

Por **Ivo Dantas**

7. **Adeus à Separação de Poderes?** 77

Por **João Maurício Adeodato**

8. **Problema de Direito Intertemporal: é definitiva ou provisória a execução de título extrajudicial embargada, enquanto pendente apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, opostos antes da vigência da Lei nº 11.382/2006?** 83

Por **Jorge Américo Pereira de Lira**

9. **Proteção Penal à Dignidade Sexual** 92

Por **José de Siqueira Silva**

10. **Reserva do Possível e o Mínimo Existencial Frente a Intervenção do Judiciário no Executivo** 95

Por **Maria Célia Alves de Souza**

11. **Constituição e Direito Penal** 100

Por **Roque de Brito Alves**

12. **A Expansão da Jurisdição Constitucional** 105

Por **Walber Agra**

13. **O princípio da continuidade da pesquisa e lavra em função do interesse nacional da mineração: uma breve análise de dispositivos do Código de Mineração sob a égide do §1º, art. 176 da Constituição da República** 115

Por **William Freire e Tiago de Mattos Silva**

RÉVEILLON
Vive la France
 2010
 SUMMERVILLE RESORT



*Um réveillon tão exclusivo
 que você vai se sentir em Paris.*

O Summerville Beach Resort vai trazer a cidade da luz até você. Em uma semana vamos homenagear o Ano Brasil-França, com uma programação cheia de atrações inspiradas na capital francesa. A sofisticação e elegância parisiense vão desembarcar no clima tropical de Muro Alto – Porto de Galinhas. Venha aproveitar você também.



Foto: www.thomasmaccaro.com.br

O pacote inclui 7 noites de hospedagem com café da manhã e jantar, duas crianças free*, além de transfer regular** de chegada e saída. Pagamento parcelado em até 4x no Mastercard. Desconto para pagamento antecipado. Consulte valores para outras categorias. Pacote válido de 26/12/09 a 07/01/2010.

Pacote

por pessoa em
 apartamento duplo superior

R\$ 4.970,00

+10%

*2 crianças até 12 anos, quando hospedadas no mesmo apartamento dos pais.
 ** Transfer não-privativo, mediante solicitação no ato da reserva.



Prezado(a) colega,



Ronnie Preuss Duarte

Chega às suas mãos, gratuitamente, a terceira edição da Revista Advocatus. Fruto do esforço e da verdadeira preocupação da ESA com a educação continuada da classe, este pioneiro veículo de informação técnica se solidifica como o segundo maior periódico jurídico em tiragem de todo o Brasil, traduzindo-se em uma importante ferramenta para a atualização profissional do(a) advogado(a) pernambucano(a).

Ao chegar à terceira edição, a Revista Advocatus, um marco da atual gestão da Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes da OAB/PE, presta um merecido tributo à memória do ilustre professor Pinto Ferreira, falecido recentemente.

Trata-se de edição especial, cuidadosamente idealizada, formatada e integralmente dedicada à homenagem do festejado jurista pernambucano.

No bojo da edição, para além da entrevista concedida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Jones Figueiredo Alves, são trazidos alguns depoimentos de personalidades que testemunharam a trajetória de vida do memorável professor Pinto Ferreira, cuja fama transcendia as fronteiras do nosso estado e que muito contribuiu para as letras jurídicas brasileiras.

A homenagem também é prestada pelos ilustres autores que, atendendo ao convite do Conselho Editorial, encaminharam artigos para esta edição da Revista Advocatus, todos abordando temas atuais de áreas do direito que mereceram a atenção do homenageado.

Fica o especial registro de gratidão da Diretoria da Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes da OAB/PE às Doutoradas Osita Pinto Ferreira e Maria Regina Davina Pinto Ferreira, respectivamente viúva e filha do homenageado, por terem autorizado o uso da imagem do saudoso professor.

Aproveitem a leitura!

Ronnie Preuss Duarte

Diretor Geral da ESA-PE



Desembargador Jones Figueirêdo em entrevista

O desembargador Jones Figueiredo Alves é membro do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, integrando, no biênio 2008/2010, a sua Mesa Diretora, como Vice-Presidente. Em 26 de junho de 2008, o desembargador foi eleito, por unanimidade, presidente do Tribunal de Justiça. Magistrado, de carreira, tem trinta e dois (32) anos de judicatura. Dirigiu a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, no último biênio (2006/2007) e o Centro de Estudos Judiciários - CEJ - do Tribunal de Justiça (2000/2004). Natural de Recife, é diplomado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito do Recife (1970) e em Ciências das Comunicações Sociais pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (1968), tem Curso de Administração Judiciária no Centro de Estudos Avançados da Universidade da Geórgia, em

Athens, nos Estados Unidos (2000), Curso-Treinamento em Direito da Informática, na Alemanha, a convite da Fundação Konrad Adenauer (2002); Curso “Formation de Formateurs”, ministrado pela “École Nationale de la Magistrature de France” (agosto, 2006) e de Atualização Jurídica, pela Faculdade Clássica de Lisboa (2008). O magistrado é autor de diversas obras jurídicas, dentre elas “O Novo Código Civil Comentado”, primeira obra doutrinária sobre o Código Civil de 2002, em co-autoria com diversos juristas. Em entrevista para a revista *Advocatus* o Desembargador fala sobre as prerrogativas profissionais dos advogados e sua importância na administração da justiça, as funções Conselho Nacional de Justiça, a informatização dos processos e procedimentos, o TJPE e seu papel na capacitação de Magistrados e outros assuntos de relevância para o meio jurídico.

QUAL O PAPEL DO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E COMO O SENHOR VÊ AS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS DO ADVOGADO?

Definir o papel do advogado na administração da justiça é o mesmo que cuidar de matéria que nos remete, diametralmente, ao bem estar público. Este entendimento é repetido por vários juristas e integra o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, onde estão expostos os limites da lei, respondendo à ordem do artigo 133 da Constituição Federal.

O exercício da advocacia manifesta a prestação de um serviço público e o desempenho de uma função social. Diz o caput do art.2º do referido Estatuto que: “O advogado é indispensável à administração da justiça”. E, no § 1º do mesmo artigo está escrito que, “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”.

No que é pertine às prerrogativas profissionais do advogado, faz-se mister, preambularmente, entendermos que, na história da advocacia, a intimidação contra os causídicos, continuamente, foi, nada mais, que um meio utilizado para fazer calar aquele que defendia o interesse dos que estavam em busca da tutela jurisdicional.

Ao advogado cabe paralisar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela efetividade das garantias - legais e constitucionais - outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos.

Por derradeiro, faço minhas as palavras do Ministro Celso de Melo: “As prerrogativas profissionais dos Advogados representam emanações da própria Constituição da República, pois, embora explicitadas no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), foram concebidas com o elevado propósito de viabilizar a defesa da inte-

gridade das liberdades públicas, tais como formuladas e proclamadas em nosso ordenamento constitucional”.

EM UM TRIBUNAL ONDE EM MUITAS COMARCAS FALTA O MATERIAL DE EXPEDIENTE, NÃO É UM TANTO UTÓPICO DEFENDER A INFORMATIZAÇÃO E O PROCESSO ELETRÔNICO?

Não procede a informação de que há, atualmente, no Judiciário Estadual, carência de materiais básicos de expediente. O que sempre houve foi uma falta de comunicação entre os setores que são responsáveis pelo abastecimento e aqueles que necessitavam ser abastecidos; e para evitar a falta do material nas unidades judiciárias e administrativas do TJPE e possibilitar o atendimento rápido e desburocratizado a esses setores, implantou-se, no âmbito do Judiciário Estadual, o Sistema de Requisição Virtual de Materiais, que tem funcionado satisfatoriamente.

Atendo-me, agora, ao foco da pergunta, não é, de forma alguma, na atual contextura do Judiciário Pernambuco, utópico falar em informatização nem em processo eletrônico.

Aliás, a informatização, longe de beirar a utopia, já é uma realidade para todas as unidades judiciárias e administrativas do Poder Judiciário. E mais: todas as 149 Comarcas do Estado já estão interligadas em rede. O próximo passo, portanto, é a aplicação do código de barras nos processos judiciais e, para além disso, a implementação do processo eletrônico.

COMO O SR. VÊ A ATUAÇÃO DO CNJ NOS TRIBUNAIS DO PAÍS?

O CNJ é um órgão institucional que possui como uma de suas funções a reformulação do Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, através da adoção de estratégias, objetivando, ao final, o aperfeiçoamento

“O CNJ é um órgão institucional que possui como uma de suas funções a reformulação do Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência”

da prestação jurisdicional, no alcance de imprimir celeridade e eficiência à Justiça brasileira.

Induvidoso, contudo, que a sua contribuição não se restringe à atividade de controle externo e de aperfeiçoamento dos tribunais, mas, principalmente, como mecanismo de democratização da Justiça, na medida que permite aos cidadãos acompanhar as atividades do Judiciário. Tome-se como exemplo as audiências públicas realizadas nas diversas unidades da Federação, com a coordenação do Exmo. Sr. Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Gilson Dipp, possibilitando aos jurisdicionados manifestarem suas insatisfações, e, de conseqüência, pedirem providências, mediante uma atuação direta do Conselho. A criação do CNJ, com a atuação em todo o território nacional, quebrou paradigmas, fomentando a modernização do Poder Judiciário e o aperfeiçoamento do serviço público de prestação da Justiça, de modo transparente, eficaz, ético, justo e produtivo.

O TRIBUNAL TEM EXERCIDO ALGUM PAPEL NA FISCALIZAÇÃO DA CAPACITAÇÃO E ATUALIZAÇÃO DO MAGISTRADO? COMO SE DÁ ISSO?

Não só dever, mas, essencialmente, um fim almejado pelo TJPE, a capacitação que se dá através do Curso de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, promovido pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), na medida em que adotada como requisito para ingresso na carreira - etapa obrigatória do processo de vitaliciamento - e também como pressuposto meritório para a promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º Grau, após a edição da Resolução nº 6, do CNJ, passou a ser uma prioridade para o Tribunal. A fiscalização do cumprimento das diretrizes constitucionais, em especial, o disposto no artigo 93, II, “c”, III, IV e VIII-A, e no artigo 105, parágrafo único, I, ambos da Constituição Federal, que estabelecem a obrigatoriedade de participação nos citados cursos oficiais, vem sendo exigida com rigor nos editais para promoção de magistrados.



“ É difícil apontar um marco em minha gestão, já que todas as medidas por mim adotadas estão focadas no aperfeiçoamento do Judiciário e da prestação jurisdicional. ”

Insofismável a idéia de que todo processo de concorrência no serviço público deve se orientar por normas que propiciem a igualdade de critérios avaliatórios dos concorrentes, primando pelos princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência da Administração Pública, e o Judiciário pernambucano, como guardião das normas e princípios constitucionais e legais, tem exigido fielmente o cumprimento desse mister.

QUAIS OS PONTOS POSITIVOS QUE DESTACARIA NA ATUAL GESTÃO DA OAB/PE?

A gestão de Jayme Asfora ressaltou ainda mais a credibilidade e o respeito da Instituição junto à sociedade, de uma forma geral, bem como à classe dos advogados pernambucanos. Destaco: i) o cumprimento imediato do compromisso assumido em sua campanha eleitoral relativo à redução de 30% do valor da anuidade; ii) a implantação de um sistema de gestão profissionalizada da OAB/PE com a realização da primeira seleção pública para a contratação de funcionários desde 1975, a despeito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não aplicação do inciso II do art. 37 da Constituição Federal à OAB; iii) o saneamento financeiro da própria OAB/PE e da CAAPE; iv) a execução de vários projetos inovadores, como o Recorte Digital; v) a ampliação dos cursos de atualização profissional promovidos pela ESA – inclusive, com valores de mensalidades bem abaixo do mercado -, a realização de inéditas pós-graduações, para advogados com exercício profissional na capital e no interior; vi) por fim, resalto a sua luta incansável pelo fiel cumprimento das prerrogativas e por melhores condições de trabalho para os advogados.

SE O SENHOR TIVESSE DE APONTAR UM MARCO DA SUA GESTÃO, QUAL SERIA?

É difícil apontar um marco em minha gestão, já que todas as medidas por mim adotadas estão focadas no aperfeiçoamento do Judiciário e da prestação jurisdicional. Vários “marcos”, assim, poderiam ser apontados, que se traduzem em algumas ações implementadas para enfrentar o problema da morosidade, incrementando a produtividade e diminuindo as taxas de congestionamento, e são eles:

(i) a instituição do plantão integrado em parceria institucional com o Ministério Público, Secretaria de Defesa Social, OAB e Defensoria Pública;

(ii) a criação e regulamentação do plantão permanente, objetivando assegurar o princípio constitucional de não-interrupção da prestação jurisdicional;

(iii) a informatização de todas as unidades judiciárias e administrativas do Poder Judiciário. Todas as 149 Comarcas do Estado já estão interligadas em rede.

(iv) a nomeação de mais de 2000 novos servidores, aprovados no último concurso público;

(v) a implementação de políticas de valorização do servidor, dentre elas: a definição de uma política salarial para os servidores por 5 anos, compreendendo um reajuste de vencimentos de 50,35%, e o Programa Servidor Conectado (todos os servidores do Poder Judiciário estão recebendo um abono, de natureza indenizatória, no valor de R\$ 2.300,00, para aquisição de computador e acessórios de informática).



CURSO - SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

Datas: **03, 10, 17/11** - Horário: **19h às 22h**
Local: **ESA/PE** - Carga horária: **12h/aula**
Professora: **KARENINA DINIZ MORENO** - Advogada e Mestre em Direito pela UFPE.

Taxa de inscrição:
R\$ 50,00 (Advogados adimplentes e estudantes) / **R\$ 60,00** (Demais casos)

CURSO - ASPECTOS POLÊMICOS DO DIREITO DAS FAMILIAS E DAS SUCESSÕES QUANTO À UNIÃO ESTÁVEL

Datas: **04, 05 e 06/11** - Horário: **19h às 22h**
Local: **ESA/PE** - Carga horária: **12h/aula**
Professora: **CAROLINA FERAZ** - Mestre e Doutora pela PUC/SP e Professora da UNIPÊ.

Taxa de inscrição:
R\$ 50,00 (Advogados adimplentes e estudantes) / **R\$ 60,00** (Demais casos)

CURSO - ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Datas: **06, 13, 20 e 27/11** - Horário: **15h às 17h30**
Local: **ESA/PE** - Carga horária: **14h/aula**
Professor: **LUCIANO SANTANA** - Advogado, Professor Universitário, Especialista em Direito e Processo Civil pela Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO.

Taxa de inscrição:
R\$ 50,00 (Advogados adimplentes e estudantes) / **R\$ 60,00** (Demais casos)

CURSO - PRÁTICA TRABALHISTA

Datas: **09, 10, 11, 16 e 17/11** - Horário: **16h às 18h**
Local: **ESA/PE** - Carga horária: **15h/aula**
Professor: **JOSÉ PANDOLFI NETO** - Advogado e Professor das Faculdades Marista e Maurício de Nassau. Especialista em Direito Processual do Trabalho.

Programa:
1. Aprendizado prático referente a elaboração das peças processuais trabalhistas; 1.1 Petição Inicial; 1.2 Defesa do réu; 1.3 Peças recursais; 2. Aspectos práticos da audiência trabalhista (rito ordinário e sumariíssimo).

Taxa de inscrição:
R\$ 50,00 (Advogados adimplentes e estudantes) / **R\$ 60,00** (Demais casos)

CURSO DE EXTENSÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

Datas: **11, 18, 25/11 e 02/12** - Horário: **18h às 21h**
Local: **ESA/PE** - Carga horária: **14h/aula**
Professora: **ROSSANA CLAUDYA SILVERIO** - Advogada com 12 anos de atuação no contencioso tributário, Pós-Graduada em Processo Civil, Autora de obras jurídicas, Membro da CAT - Comissão de Assuntos Tributários da OAB-PE e colaboradora do site *TributarioNet*, onde escreve vários artigos jurídicos.

Programa:
11/11/09 - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA;
18/11/09 - QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL;
25/11/09 - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO;
02/12/09 - AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR.

Taxa de inscrição:
R\$ 100,00 (Advogados adimplentes e estudantes) / **R\$ 150,00** (Demais casos).

CURSO - RECURSOS CIVEIS

Datas: **14 e 28/11** - Horário: **9h às 12h - 14h às 17h**
Local: **ESA/PE** - Carga horária: **16h/aula**
Professor: **BECLAUTE OLIVEIRA** - Mestre em Direito (UFAL), Doutorando em Direito (UFPE) e Professor da UFAL.

Taxa de inscrição:
R\$ 50,00 (Advogados adimplentes e estudantes) / **R\$ 60,00** (Demais casos)

CURSO - TÓPICOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL I

Datas: **19 e 24/11** - Horário: **18h às 20h**
Local: **ESA/PE** - Carga horária: **6h/aula**

Programa:
19/11 - HERMENÊUTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
Professor: **RODRIGO ROSAL** - Advogado, Professor Universitário, Mestre em Direito e Filosofia pela UFPE.

24/11 - ASPECTOS PROCESSUAIS DAS AÇÕES DIRETAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
Professor: **ALEXANDRE SALDANHA** - Advogado, Especialista em Processo Civil, Mestre em Direito Público e Coordenador do Núcleo de Processo Civil da ESA-PE.

Taxa de inscrição:
R\$ 30,00 (Advogados adimplentes e estudantes) / **R\$ 40,00** (Demais casos)



PROMOÇÃO:



Curso de Pós-graduação em Direito da OAB.

A OAB/PE está sempre preocupada com a educação continuada e o aperfeiçoamento profissional dos advogados pernambucanos. E mais uma vez toma iniciativa nesse sentido: a Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes fez parceria com a Faculdade Joaquim Nabuco para a realização de quatro cursos de pós-graduação oferecendo condições muito especiais para advogados. Os alunos aprovados nos cursos terão seus artigos publicados em edição especial da Revista Advocatus. Reserve a sua vaga.

TURMAS NO RECIFE E EM CARUARU*.

INVESTIMENTO:

MATRÍCULA + 18 PARCELAS DE R\$ 150,00

Docência do Ensino Superior.



***Direito Civil e Processo Civil.**

Direito Trabalhista e Processo Trabalhista.

Direito Penal e Processo Penal.

Matrículas: ESA/PE

Fone: (81) 3224.7282 / 2425

Livro de bolso para Advogados Pernambucanos.

2 em 1

**CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**



CÓDIGO CIVIL



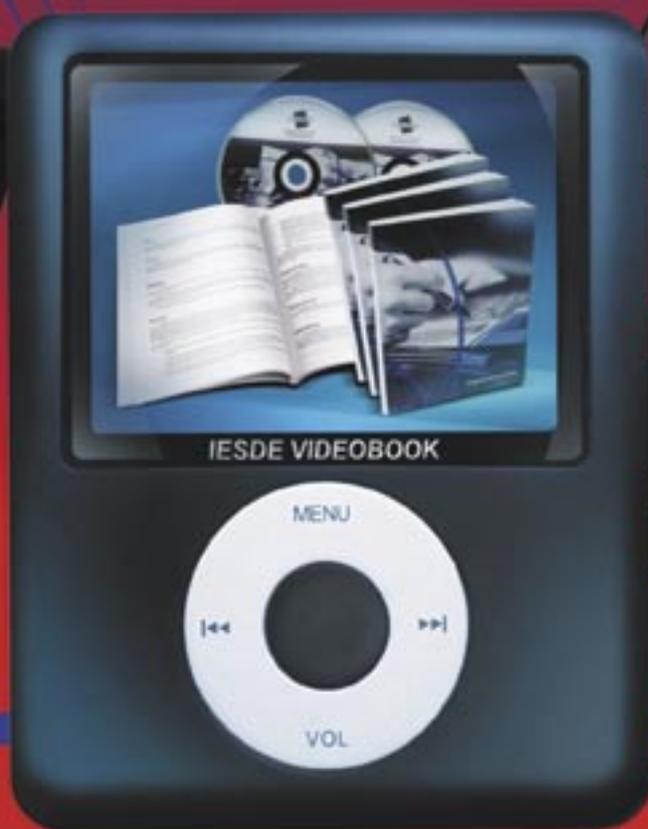
Não saia do seu escritório sem ele.

PÓS-GRADUAÇÃO COM ENSINO A DISTÂNCIA: SEU SUCESSO PROFISSIONAL MAIS PERTO DE VOCÊ.

IMAGEM MERAMENTE ILUSTRATIVA



MATERIAL INCLUSO



1 LIVRO PARA CADA
DISCIPLINA

VIDEOAULAS,
UM MP4, AVA
(AMBIENTE VIRTUAL
DE APRENDIZAGEM).

DVDS

CURSOS A DISTÂNCIA:

- DIREITO DO TRABALHO
- ADVOCACIA GERAL
- DIREITO PROCESSUAL CIVIL

20 MENSALIDADES DE
R\$ 199,00

A OAB/ PE E A ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA (ESA), EM PARCERIA COM A FACULDADE JOAQUIM NABUCO, COM A UNICID E O IESDE, OFERECEM CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO A DISTÂNCIA.

Promoção:



Realização:



www.joaquimnabuco.edu.br | INFORMAÇÕES: (81) 2121.5999

Pós-graduação em Docência para Advogados.

PROMOÇÃO:



O curso de Docência do Ensino Superior, desenvolvido pela parceria entre a Escola Superior de Advocacia da OAB/PE e a Faculdade Joaquim Nabuco, vai capacitar futuros docentes no nosso estado, garantindo um melhor desempenho nas respectivas atividades. O curso, pioneiro, conta com a coordenação da Mestre em Psicologia Social Simone Bérghamo, especialista em Educação e Psicopedagogia.

O objetivo do curso é compreender os componentes do processo de ensino-aprendizagem, reconhecendo a importância do planejamento de ensino: dos conteúdos programáticos até a avaliação do processo.

INVESTIMENTO:

MATRÍCULA + 18 PARCELAS DE R\$ 150,00

DISCIPLINAS:

- FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO CONTEXTO NACIONAL
- PROJETO PEDAGÓGICO E CURRÍCULO NA EDUCAÇÃO SUPERIOR
- DIDÁTICA DO ENSINO SUPERIOR
- PROCESSOS PSICOLÓGICOS BÁSICOS (APRENDIZAGEM)
- METODOLOGIA CIENTÍFICA E PESQUISA EDUCACIONAL
- LEGISLAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR
- PRODUÇÃO E INTERPRETAÇÃO TEXTUAL
- PSICOPEDAGOGIA E INCLUSÃO SOCIAL
- DINÂMICA DAS RELAÇÕES HUMANAS
- PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO
- LINGUAGEM E TECNOLOGIA EDUCACIONAL
- AVALIAÇÃO EDUCACIONAL

Matrículas: ESA/PE

Fone: (81) 3224.7282 / 2425



Luiz Pinto Ferreira

Deixo como herança espiritual o meu credo político-jurídico, como legado às novas gerações.

Creio na democracia, que é um regime constitucional das maiorias que, com base na liberdade, permite às minorias o direito de representação e crítica no parlamento e a alternância do poder.

Creio na liberdade, como o poder de desenvolver a atividade física, moral e intelectual ou econômica sem outras restrições senão aquelas que o Estado impõe para defender a liberdade dos demais, estimulando as energias psíquicas da pessoa humana, mas uma liberdade disciplinada pelo direito, para permitir a paz social, que é a liberdade tranqüila.

Creio no direito, que é a disciplina coativa da vida social, com base na consciência moral e no ideal da justiça, promovendo a garantia das atividades da pessoa humana e garantindo a sua coexistência. O di-

reito é a força que domina a força, diminuindo a energia do quantum despótico, para convalidar a força da lei e da justiça.

Creio na autoridade, que é a forma legítima do poder, estabelecendo a ordem da convivência humana, porque a democracia não deve permitir uma tolerância desabusada ao irrompimento das ideologias agressivas e imperialistas que destruam a liberdade e esmagam a pessoa humana.

Creio na moral que aperfeiçoa o espírito, ilumina o caráter, desenvolve a bondade, fundamenta o compromisso à palavra empenhada nas relações entre os homens.

Creio na justiça social, porque a justiça é o ideal do direito, permitindo a constante e progressiva eliminação do desnível de classes entre os homens, o constante desenvolvimento da vida social,

dessa justiça que não distingue entre ricos e pobres em face do direito, dessa justiça que é o único escudo dos pequenos contra os grandes e o anteparo protetor do povo humilde e simples.

Creio no socialismo aperfeiçoado pelo pluralismo ideológico e pela liberdade, que é o estigma perene do ideário da democracia, pois só é livre o povo que elege diretamente líderes carismáticos que comungam com os anseios populares, conforme a ordem política-jurídica votado por uma Assembléia Constituinte em eleições livres, quando a legitimidade fundamenta a legalidade.

Creio na liberdade dentro da ordem, a igualdade em face da lei, a justiça social garantindo a ordem, a liberdade, a igualdade e a democracia, como uma eterna primavera para a civilização, irradiando os verdes policrômicos das ideologias invencíveis e irrendidas, como uma força imbatível, que ao povo dá alento, ao governo ilumina para alcançar o bem comum, aos descrentes dá esperança, aos humildes e deserdados a fé, remédio aos enfermos, teto aos desabrigados, pão aos famintos, educação aos ignorantes, liberdade aos oprimidos, para fazer do Brasil uma nação livre e soberana.

A

Luiz Pinto Ferreira

Por Maria Regina Davina Pinto Ferreira

Professora adjunta da Faculdade de Direito do Recife, UFPE. Especialista e Mestra em Ciência Política, CFCH, UFPE. MBA Gestão em Negócios, CSSA, UFPE. Sócia fundadora da SOPECE.

Luiz Pinto Ferreira, filho de Alfredo Pinto Ferreira e Maria Regina Pinto Ferreira, nasceu na cidade de Recife, em 7 de outubro de 1918. Seus avós, José Rodrigues Pinto Ferreira e Ana Marques da Silva Ferreira, Leopoldo Marinho de Paula Lins e Hermínia Brasileiro Lins. Em 1953, casou com Osita Moraes.

Iniciou seus estudos no Recife, nos colégios Nóbrega e Marista. Estudou no Rio de Janeiro, no Colégio Aldridge. Aos 15 anos de idade matriculou-se na Faculdade de Direito do Recife na Universidade Federal de Pernambuco, concluindo o curso aos 20 anos, laureado de turma, obtendo o 1º prêmio de viagem.

O magistério foi a sua vocação. Aprovado com distinção em concurso de Livre-Docente de Teoria Geral do Estado, em 1944, defendeu a tese “Da Soberania”. E de Catedrático de Direito Constitucional, em 1950, com seus “Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno”. As duas cátedras foram conquistadas na Faculdade de Direito do Recife, da UFPE. O concurso para Professor Catedrático de Direito Constitucional marcou época, divulgado pela imprensa nos principais Estados do Brasil. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito do Recife, UFPE.

Ministrou aulas de Direito Constitucional na Universidade Católica de Pernambuco e na Faculdade de Direito de Caruaru. E ainda, Professor Catedrático de Sociologia do Centro de Filosofia e Ciências Humanas

da UFPE. Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Olinda. O Prof. Dr. Luiz Pinto Ferreira lecionou também outras disciplinas, como Economia, Direito Administrativo, Geopolítica.

Foi Chefe do I Departamento de Direito Público Geral e Processual da Faculdade de Direito do Recife, Vice-Diretor e Diretor da Faculdade de Direito do Recife, Vice-Reitor e Reitor Interino da Universidade Federal de Pernambuco. Exerceu praticamente todos os principais cargos na UFPE. Ainda, Presidente (cargo que corresponde ao Reitor) da Sociedade Caruaruense de Ensino Superior.

Participou dos programas de pós-graduação em vários cursos. Exerceu cargo de Coordenador do Mestrado em Ciência Política, no Centro de Filosofia e Ciências Humanas da UFPE. Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Doutorado da Universidade Católica de Pernambuco. Professor do Mestrado e do Doutorado da Faculdade de Direito do Recife, da UFPE.

Recebeu convites com bolsas de estudo na Universidade de Harvard, através de Pitirim Sorokin, e da Alemanha por Scheibe. Convidado para viagens e conferências em congressos de várias Universidades estrangeiras, a saber, Alemanha, México, Finlândia, União Soviética, China, Argentina, Uruguai e Bulgária, além de convites para congressos e Universidades do Brasil. Par-

ticipou das comissões dos anteprojetos da Constituição de Pernambuco e da Constituição Federal de 1988. Convidado, várias vezes, para proferir conferências sobre o anteprojeto da Constituição Federal, nos debates da Assembléia Constituinte da qual derivou a atual Constituição Federal de 1988. Dominou diversas línguas, a saber, inglês, francês, alemão, russo, espanhol, italiano, grego e latim.

Autor de 246 títulos, com livros, teses, monografias, artigos, no Brasil e em vários países estrangeiros. Escreveu acerca de Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado, Ciência Política, Sociologia, Filosofia, Literatura, Direito Agrário, Direito Eleitoral, Direito Civil, Direito Processual Civil, além de outros assuntos.

Membro de diversas academias. No Brasil, da Academia Nacional de Direito, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Academia Pernambucana de Letras, entre outras. E em países estrangeiros, da Sociedade Semântica Geral (Chicago), da Academia Americana de Ciência Política e Social (Filadélfia), da Associação de Filosofia e Ciência (Detroit), no Instituto Peruano de Sociologia (Lima), no Instituto Ibero Americano de Direito Constitucional (México). Trocou inúmeras correspondências com os cientistas da época.

Foi presidente do MDB, Movimento Democrático Brasileiro, em Pernambuco, durante oito anos, afastando-se em 1979, das atividades político-partidárias. A sua residência foi uma das sedes do MDB. Exerceu o mandato de Senador Federal e Suplente de Senador, ao lado de José Ermírio de Moraes (1963-1971), pelo Estado de Pernambuco. Combateu a ditadura militar no país, no seu período mais duro, defendeu o Estado de Direito Democrático no Brasil. E quando “convidado” para interrogatório pelos militares, defendeu-se afirmando: “Meu único crime é o de pensar”. Assim, amordaçou aqueles que o interrogaram.

Recebeu inúmeras medalhas e títulos de instituições no exterior e no Brasil. Nos últimos anos, em Portugal, recebeu o título de “Doutor Honoris Causa”, pela Universidade de Coimbra, em 1999. No Brasil, na direção do Prof. Dr. Ivo Dantas foi homenageado com o título de “Professor Emérito da Faculdade de Direito do Recife” na UFPE, em 1999. E agraciado pelo

Poder Legislativo do Estado de Pernambuco, através da deputada Carla Lapa, na data da criação dos cursos jurídicos, em 2004.

E como resultado do seu trabalho incansável, em plena maturidade intelectual, criou a SOPECE, Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino. Nesta instituição, na casa do Prof. Dr. Luiz Pinto Ferreira, teve como objetivo um curso de Direito de excelência. Pretendia um avançado programa de pós-graduação, Lato Sensu e Strito Sensu, especialização, mestrado e doutorado, conforme registrou e aprovou no estatuto da instituição e ata da congregação, entretanto, impedido na realização.

Nos seus 90 anos, a homenagem a Luiz Pinto Ferreira pertenceu a Universidade Federal de Pernambuco. O Reitor, o Vice-Reitor da UFPE, a Diretora da Faculdade de Direito do Recife, respectivamente Prof. Dr. Amaro Henrique Pessoa Lins, Prof. Dr. Gilson Edmar Gonçalves e Silva, Profa. Dra. Luciana Grassano, no Salão Nobre, em outubro de 2008, realizaram a outorga da “Medalha do Mérito Faculdade de Direito do Recife”, entregue a família.

Luiz Pinto Ferreira adoeceu em agosto de 2003. Passou vários anos lutando contra doenças. Nessa fase, comportou-se como o guerreiro que sempre foi, corajoso. Partiu para Casa de Deus no dia 7 de abril de 2009, às 6:45 h., no Hospital Santa Joana, em Recife, aos 90 anos e seis meses. Foi velado no hall, repleto de flores, da Faculdade de Direito do Recife, UFPE. O Prof. Dr. Cláudio Souto proferiu sua oração diante do amigo. A oração de despedida foi realizada pelo Prof. Dr. Ivo Dantas. A cerimônia religiosa pelo Pe. Caetano. E sob aplausos e todas as honras, conduzido em carro de bombeiro para o jazigo da família Pinto Ferreira, no Cemitério de Santo Amaro, em Recife.

Deixa a sua obra, o seu exemplo ético de vida e uma imensa saudade no coração daqueles que o ama. Meu inesquecível, querido e saudoso pai, siga na paz de Deus.





Luiz Pinto Ferreira, com beca,
aos 20 anos, 1938.



Luiz Pinto Ferreira em frente à
Faculdade de Direito de Coimbra.



Professor Emérito,
FDR-UFPE, 1999.



Pedro Pinto Ferreira Brasileiro e seu
adorado avô Luiz Pinto Ferreira.

Mestre Pinto Ferreira

Por Cláudio Souto

Cláudio Souto, Professor Titular Emérito de Sociologia do Direito da UFPE. Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UFPE, Doutor em Ciências Sociais (Dr. rer. soc.) pela Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld.

Resumo e adaptação de SOUTO, Cláudio, “Prefácio”, in TEIXEIRA, Manoel Neto, *Pinto Ferreira: vida e obra*. Olinda: Polys Editora, 2005.

Foi uma longa convivência, sempre afetuosa, de meio século, desde o início de nossos estudos na então única Faculdade recifense de Direito. E caminharíamos junto ao Mestre Pinto alguns anos de grande importância para nós, colaborando com seu ensino de Direito Constitucional.

Só nos afastaríamos dessa colaboração quando passamos a viver, inicialmente na Divisão de Ciência do Direito do Instituto de Ciências do Homem da hoje UFPE, a aventura da pesquisa empírica e do ensino pós-graduado da Sociologia Jurídica. Algo que, nos primórdios, não se poderia atuar nos recintos da Faculdade de Direito do Recife, esta última por cerca de uma década impermeável a essa nova experiência. Tal fato, o da impermeabilidade, se explica sociologicamente: acentuado culto de tradições gerando conservadorismo intelectual resistente a mudanças.

O tempo iria aprofundando nosso relacionamento profissional e afetivo com Pinto Ferreira, pois fomos Professor Adjunto de Direito Constitucional e, por ocasião da ausência de Mestre Pinto para exercício no Senado Federal, de que era Suplente, regemos interinamente a sua cátedra na Faculdade de Direito do Recife.

Pudemos assim testemunhar, muito de perto, anos iniciais e decisivos da trajetória professoral de Pinto Ferreira. E de logo nos saltava aos olhos o diferencial existente entre esse Mestre e outros Professores da Faculdade nesse tempo.

É que nesse período, que correspondia também à nossa época de estudante, e logo depois de Assistente junto ao Mestre Pinto, a Faculdade de Direito do Recife vivia intelectualmente de um culto exagerado e um tanto mítico às tradições da Escola. Nesse sentido, belos e repetitivos discursos de dedicação e louvor contrastavam com o fato de que – por razão da baixa remuneração dos professores e por outras razões – a maioria do professorado da Casa se dedicava mais à prática forense e a outras práticas que ao magistério. Essa dedicação parcial era também comum nas outras Faculdades de formação profissional, as de Engenharia e Medicina.

Lembra-nos nesse particular algo que nos disse o professor Gerhard Kegel, Diretor do Instituto de Direito Estrangeiro e Internacional Privado da Universidade de Colônia, com o seu bom humor de sempre: que haveria três tipos básicos de professor: o professor-viajante, o professor-comerciante e o professor-professor ...

Pois bem: num momento em que não existia ainda, oficialmente, o regime de dedicação exclusiva na então Universidade do Recife, Pinto Ferreira era o professor-professor. Ele e alguns outros. E ele vivendo apenas para o estudo – deixara de ser Promotor Público em Glória do Goitá –, monasticamente recolhido à sua residência, de onde quase só saía para ministrar aulas. E, no entanto, estava em per-

manente e frequente contato epistolar com o mundo intelectual do exterior do país.

Autodidata em nível pós-graduado, pois após sua formatura não havia Curso de Doutorado na Faculdade, obteria o grau de doutor através dos dois concursos para o magistério superior a que se submeteu, o de Livre-Docente e o de Catedrático. E com retumbante sucesso, pois aliava ao cultivo diário de uma excelente biblioteca particular, um grande conhecimento das línguas alemã e inglesa, a par dos outros idiomas, estes conhecidos dos professores de seu tempo, o francês, o espanhol e o italiano, afora razoável conhecimento do grego – o que o punha em sintonia direta com o saber clássico e com as novidades intelectuais da época.

Graças a esse instrumental linguístico e à sua biblioteca, Mestre Pinto, colocado por si mesmo em espartano regime de estudo intensivo desde sua juventude mais tenra, pôde evidenciar, em seus concursos – então arenas intelectuais – um conhecimento assombrosamente vasto, não só da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, mas ainda da Sociologia, da Filosofia, da Física e de vários outros saberes. Na verdade, as bancas examinadoras se sentiram inermes diante daquilo que admiravam e que Mestre Pinto possuía de modo irretorquível: um conhecimento vastíssimo e, portanto, uma notabilíssima erudição, juntamente com uma memória extraordinária. O moço examinando revelava-se decerto mais sábio de que quase todos seus examinadores.

O doutorado “honoris causa” com que foi agraciado recentemente pela secular Universidade de Coimbra, significa por certo um ato de justiça a méritos do intelecto, e não a atividades políticas, como tem sido frequente.

Se Pinto Ferreira fora excepcionalmente brilhante nos seus concursos para o magistério, em sua juventude mais recuada, e em suas primeiras e precoces publicações, influenciado salutarmente por Pontes de Miranda, impressiona por sua liberdade e ousadia intelectuais, despreocupado de maiores condicionamentos. Contudo, muito provavelmente essa liberdade e ousadia não teriam obtido aplausos vibrantes e unânimes de bancas examinadoras jurídicas, em geral conservadoras intelectualmente e refratárias a tudo que se afastasse do respectivo “establishment” intelectual.

Como quer que seja, Mestre Pinto – autor, por sua dedicação estóica ao trabalho, de uma extensa obra – sensibilizou profundamente a mocidade estudantil do seu tempo de magistério público, na qual, em certa época, nos incluíamos. Pelo precioso exemplo que nos deu a todos do estudioso que ele era, e sendo, mais que dedicado e sério, sendo homem de um saber aprofundado. E pelo exemplo, sempre de valor inestimável, do professor-professor.

A essa lição básica do educador – lição não apenas de palavras, mas de exemplo de vida – se agregaria uma outra, também exemplificada. A do cidadão, e do cidadão idealista, no bom sentido do termo.

Mestre Pinto adotara e expunha, em moldes o mais possível científicos, um socialismo com liberdade. Usava preferentemente da expressão socialismo liberal, já que a expressão democracia socialista se tornara ambígua pelo uso por vezes referido a ditaduras ou autocracias de partidos e de personalidades. Mas esse socialismo liberal não tinha a ver com liberalismo ou neoliberalismo econômico.

Assim era o Partido Socialista Brasileiro (PSB), onde ingressamos nos seus inícios, bem como outros jovens, sobretudo por influência pessoal de Pinto Ferreira. Um partido então considerado lírico, porque era um partido eminentemente ético, imune aos fisiologismos dos jogos do poder. Capaz de obter, e obtinha, se não a concordância, pelo menos o respeito de todos que conhecessem seu programa e sua ação. E nada de fins justificando meios. Na verdade, a evidência histórica tem mostrado que bons fins se contaminam e perdem pelo uso de maus meios.

Mestre Pinto Ferreira se caracterizava por uma lucidez e por uma perspicácia que o tempo não abalaria. E ainda se lhe poderia acrescentar um senso prático constante e raro em intelectuais do seu porte.

Pensamos que na figura inesquecível e frutuosa de um professor brilhante, sempre e essencialmente professor, e de um professor que não esqueceu, idealisticamente, seus deveres de cidadania, está o fundamental do Mestre Pinto, fundamental que nos caberia ressaltar em uma homenagem póstuma.



O Intelectual do Século

Por Dorany Sampaio

Advogado e Ex-Presidente da OAB-PE.

Neste mês de outubro, se vivo fosse, estaria completando 91 anos o Professor Luiz Pinto Ferreira, falecido no ano passado.

Seu desaparecimento deixou mais pobre a paisagem humana de Pernambuco.

Nós, advogados, nos habituamos a reverenciar o jurista brilhante, lúcido, objetivo que dominava a ciência do direito em todos os seus segmentos.

Consagrado constitucionalista, tornou-se cate-drático da disciplina de Direito Constitucional com idade de aluno e o saber próprio dos provectoros e anciãos, com a tese que é um autentico tratado da matéria: Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno.

A sua prodigiosa precocidade era algo surpreendente. O estudante que aos 19 anos de idade assombrou seus mestres ao publicar o fabuloso *Novos Rumos do Direito Público*, passava com menos de 30 anos de idade a ser colega de seus professores como catedrático.

A obra jurídica de Pinto Ferreira só encontra similar em extensão, abrangência e profundidade na de Pontes de Miranda. Ambos são responsáveis pela maior contribuição e divulgação da ciência do direito em nosso país.

Não se limitou porém a esse ramo da ciência. A sua febril e luminar atividade intelectual inclui trabalhos notáveis sobre filosofia, sociologia, economia,

ecologia, literatura e até sobre cibernética e informática. O acervo de sua produção intelectual alcança nada menos que 246 títulos.

Note-se ainda que dominando mais de oito idiomas escreveu trabalhos em várias línguas sendo que muitos em português foram objeto de tradução.

Com todo esse pujante potencial de saber Pinto Ferreira era uma pessoa de uma simplicidade encantadora e fascinante. Muitos com menor cabedal intelectual se deixam levar pela vaidade e pela arrogância.

Um homem como ele que atingiu a culminância do saber manteve-se verdadeiramente simples, modesto, espontâneo e naturalmente cavalheiro.

Não obstante era de uma retidão de caráter impecável e de uma coragem inquebrantável o que demonstrou quando como presidente do PMDB enfrentou com destemor os difíceis tempos do autoritarismo.

Deixa como legado um exemplo valiosíssimo para sua descendência e para quantos o conheceram, sobretudo os que tiveram, como eu a fortuna de privar do seu convívio pessoal.

A grandeza de Pinto Ferreira, do homem, do mestre, do sábio Pinto Ferreira é maior que sua obra e, portanto imprecável.

Ele foi, sem dúvida, o intelectual do século.



O Professor Pinto Ferreira

Por Prof. Dr. Ivo Dantas

Membro Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.
Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Doutor e Livre Docente.

1. Talvez devido aos laços que sempre me uniram ao Mestre PINTO FERREIRA, pede-me a Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes um depoimento sobre o imortal autor de *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*.

Evidentemente, que a vida pública de PINTO FERREIRA, todos conhecem. Limitar-me-ei a 3 casos passados em ambiente mais fechado.

Aliás, pegando uma carona neste livro (*Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*), conto logo o primeiro.

O programa do vestibular de Direito da Faculdade de Direito de Natal (UFRN) tinha um ponto de História intitulado Napoleão e o Constitucionalismo Europeu. Evidentemente, que nenhum livro da disciplina trazia o tema, até que na Livraria Universitária (do saudoso Walter Pereira) indaguei onde tinha livros de Direito Constitucional e, lá chegando, dei-me de frente com os volumes de PINTO FERREIRA.

Menino adolescente, pensei que quem tinha escrito tudo aquilo, não podia ainda estar vivo (coisas que passa na cabeça de quem vivia isolado na província).

Em 1966, transferido para o Recife, fui estudar na Católica quando, na primeira aula de Direito Constitucional, entra o Padre Granjeiro (Diretor da Faculdade) acompanhado de um professor, à época, mais ou menos com a idade que tenho hoje, ou seja, 58 anos.

- “Senhores, é este o Prof. PINTO FERREIRA, professor de Direito Constitucional e que dará aulas nesta turma”...

Fiquei todo inquieto, impaciente e cheio de dúvidas.

Terminada a aula, fui até o birô, pedi licença e depois de contar a história do vestibular. Perguntei:

- Dá licença, professor. O senhor é filho do velho PINTO FERREIRA, autor daquele livro?

- “ Não, PINTO FERREIRA sou eu mesmo, moço ou velho”.

- Pois eu pensava, professor, que o senhor já tinha morrido e, felizmente, vejo que não.

Evidentemente, que daí surgiu uma grande amizade, a ponto de PINTO FERREIRA Ter sido meu padrinho no primeiro casamento, autor do Prefácio de meu primeiro trabalho e, mais que isto, para honra minha, presidiu minha Banca Examinadora no Concurso de Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito do Recife (sua última participação em atos oficiais da UFPE), onde hoje ocupo a vaga que foi e será sempre sua, pelo menos enquanto eu lá estiver.

2. Um segundo caso se deu logo após seu Discurso na Academia Pernambucana de Letras. Ao chegar, com o texto escrito, e subir à tribuna, PIN-

TO não o abriu. O texto era longo. Eu e Mário Márcio de Almeida Santos escapamos por alguns minutos e fomos a um bar próximo à Av. Rui Barbosa.

Voltamos uns quarenta minutos depois, e lá estava PINTO ainda falando.

Terminada a solenidade, fomos para sua casa comemorar.

Entre um vinho chileno e outro (PINTO sempre gostou do vinho branco chileno), conversando com ele, disse que estava admirado com a sua memória, pois não lhe vi abrir uma só vez o texto, que começa com uma citação de SPENGLER (agora sim, se a minha memória não está falhando).

- “Você quer ouvir de trás para frente?” – indagou.

E antes que lhe respondendo, começou recitando o texto, frase por frase, de trás para frente.

3. A terceira é talvez a mais interessante.

Estávamos em sua casa, quando o telefone toca, ele atende.

Do outro lado, era o prof. PESSOA DE MORAES, grande intelectual, portador de uma cultura invejável, ligado a parapsicologia, que perguntava por OSITA, mulher de PINTO.

- “Olha, Pessoa, Osita estava atrapalhando minha conversa com Ivo e eu lhe fiz levitação, estando ela presa no teto da sala, de onde só sairá, quando nossa conversa acabar...”

Mais algumas palavras, e desligou o telefone.

Claro, que ouvi tudo, devido a proximidade em que nos encontrávamos do aparelho telefônico. O in-

teresse é que, minutos depois, toca a campainha da casa e, aberto o portão pelo empregado, entra PESSOA:

- “PINTO, vim soltar OSITA. Onde está?”

Risada geral e PESSOA se incorporou ao nosso papo.

4. Este é o HOMEM (com letras maiúsculas) PINTO FERREIRA, de quem muitas outras histórias poderia contar.

Homem de cultura invejável, jurista, filósofo, sociólogo, historiador das idéias, poliglota, administrador, mas sobretudo um ser humano simples, ao contrário de muitos que sabem muito pouco além de assinarem o nome e que se julgam donos da verdade e gênios.

Este é PINTO FERREIRA, nome lembrado onde há um Congresso, um encontro de Constitucionalistas. Ultimamente esquecido em Recife, tentei resgatar esta injustiça, criando na Faculdade de Direito, a **Cátedra Prof. Dr. PINTO FERREIRA**, nos mesmos moldes em que se criou no Centro de Ciências Humanas, uma em homenagem a Gilberto Freyre.

Apresentei o projeto, devidamente aprovado pela Faculdade de Direito quando fui seu Diretor e que, até hoje, encontra-se em alguma gaveta da Reitoria...

Como não pude realizar este sonho, prestei-lhe outra: o **1º Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Comparado** (Recife, 2000) foi em sua homenagem, oportunidade em que lá estava ele para receber a comenda, frente a um auditório que o saudou de pé e em sinal de respeito, como merecem ser tratados os verdadeiros e grandes homens.



O Mestre Pinto Ferreira

Por Roque de Brito Alves

Professor e Advogado
jodigitacao@hotmail.com

1 – O Mestre Luiz Pinto Ferreira, recentemente falecido, foi uma excepcional figura humana onde a ética aliada à cultura transformou-o em um dos símbolos maiores da vida nacional, um sábio no verdadeiro significado da palavra conforme a filosofia grega. Legado jurídico, legado como homem público em sua fé e exemplo sincero de democrata (um dos fundadores do Movimento Democrático Brasileiro – MDB – quando muitos tinham até medo de falar em democracia, ameaçado de ser cassado pela ditadura militar), legado como cidadão como chefe de família exemplar, como mestre do Direito – ao lado de Pontes de Miranda e de Miguel Reale, o maior jurista do Brasil na época moderna – , reconhecido internacionalmente – Doutor Honoris Causa pela famosa Universidade de Coimbra, Portugal, em 1999 – , Professor Emérito da tradicional Faculdade de Direito do Recife, autor de inúmeras obras jurídicas e acima de tudo isso – o que vale mais – sempre uma expressão de dignidade em toda a sua vida.

2 – O seu concurso para a cátedra de Teoria Geral do Estado, em nossa Faculdade de Direito, pelo brilhantismo e cultura que revelou – embora jovem – impressionou a todos e foi equiparado ao celebre concurso de Tobias Barreto no Séc 19. Ao contrário de muitos professores em nosso país nunca se acomodou após o seu ingresso na Faculdade pois durante anos continuou a escrever, a publicar livros, a dar aulas, a manter o seu amor e o seu ideal pelo Direito, sendo um dos fundadores da Faculdade de Direito de Caruaru e também criando no Recife a SOPECE (Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino), com a Faculdade de Ciências Humanas com o seu Curso de Direito, sempre presente em tais instituições até quando a sua saúde permitiu. Além de ter escrito uma História da Literatura Brasileira, foi eleito por unanimidade para a Academia Pernambucana de Letras, em 1975, e insigne constitucionalista colaborou, como um dos “notáveis”,

na redação da nossa vigente Constituição e da Constituição do nosso Estado.

3 – Como professor de Direito mais do que alunos ou discípulos, Luiz Pinto Ferreira deixou sempre admiradores e mais de que isso amigos, razão pela qual em Pernambuco é sempre citado como o “Mestre Pinto Ferreira” (e não como um simples ou apenas como mais um professor), um justo título por suas qualidades humanas, morais e jurídicas, merecedor portanto de todas as homenagens recebidas em vida e da imensa saudade que sentem agora com a sua morte todos os que o conheceram.

4 – O autor destas linhas sempre foi muito distinguido pelo Mestre Pinto Ferreira, e após ter sido seu aluno e a seu convite passou a ensinar Direito Penal no Curso de Direito da Faculdade que criou aqui no Recife, muitas vezes proferiu palestras e ministrou curso na Faculdade de Direito de Caruaru quando o Mestre era seu Diretor, recebeu citação elogiosa do Mestre em trabalho publicado, eleito por sua indicação para Academia Pernambucana de Letras Jurídicas e assim como seu amigo de longa data lamenta sincera e profundamente que não se tenha respeitado sequer a dor e a saudade de sua viúva a profa. Dra. Osita de Moraes Pinto Ferreira pois na ocasião da missa de 7º dia do falecimento do Mestre pessoas em uma conduta humanamente reprovável solicitavam-lhe apoio para voto em candidato à vaga do Mestre na Academia Pernambucana de Letras. Além disso, o Mestre ainda não estava sepultado e acadêmico era também procurado para tal finalidade, o que é também merecedor de repulsa. Se é comum em qualquer academia no mundo o pedido de voto de candidato para sua eleição, tal procedimento é censurável quando não se respeita sequer o período de dor ou de luto de uma família por uma morte recente pois nenhuma glória de ser acadêmico isso justifica.



Controles Migratórios. inadmitidos. O que fazer? Opções para as pessoas e para os Estados.

Por André Regis, Ph.D.

André Regis é Ph.D em Ciência Política pela New School For Social Research de Nova York. Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto da UFPB. Presidente do Instituto Teotônio Vilela em Pernambuco. Conselheiro Federal da OAB por Pernambuco.

Introdução

Quais os impactos da globalização sobre os fluxos migratórios? A cada dia as distâncias se encurtam. A territorialidade, característica do sistema de Vestfália, perde lentamente espaço para a virtualidade. Novas oportunidades surgem. Os fluxos de chegada e de partida aumentam consideravelmente. Nunca foi tão barato viajar. Os avançados recursos tecnológicos de comunicação também contribuem para o aumento deste fluxo, pois favorecem as trocas de informações que possibilitam a permanência do elo entre os partem e os que ficam.

Neste artigo, pretendo discutir a eficácia e as consequências dos diversos modos de controle de entrada e de saída de estrangeiros e nacionais dos países soberanos. A maior circulação de pessoas, como decorrência de nossa contemporaneidade, requer a existência de mecanismos, ao mesmo tempo, eficazes e respeitadores dos direitos humanos no controle migratório. Por questões de política interna e de segurança internacional, os Estados justificam a necessidade do estabelecimento de critérios satisfatórios consoantes com o mundo global em que estão inseridos.

Defendo que se é legítimo aos Estados a decisão soberana de inadmitir a entrada de estrangeiros cuja permanência não seja conveniente ou possa por em risco sua própria segurança, por outro lado, os Estados

têm a obrigação de respeitar direitos humanos dos viajantes.

No estabelecimento de engrenagens firmes e potentes de abertura do País para estrangeiros, deve-se sempre ter em mente os Direitos Humanos, ínsitos a qualquer ser vivente, seja qual for a sua origem. Este é o ponto central da presente abordagem: como estabelecer mecanismos úteis para a segurança internacional e interna sem ofensa aos Direitos Humanos, realizando uma fiscalização migratória e tratando os inadmitidos de uma maneira que respeite a dignidade da pessoa humana.

Concentrarei as idéias nas seguintes indagações: os controles migratórios exercidos soberanamente pelos Estados constituem violações a direitos humanos? Qual a melhor maneira dos Estados e da Comunidade Internacional minimizarem os efeitos negativos acarretados pelo crescente número de inadmitidos em todos os cantos do mundo? Qual o impacto da globalização sobre esta questão?

Busco oferecer respostas satisfatórias para esses três questionamentos. O argumento central do texto é o de que o Direito Internacional deve ser valorizado para proporcionar maior respeito aos Direitos Humanos dos viajantes, daqueles que estão em deslocamento.

Toda discussão sobre inadmitidos envolve necessariamente reflexões acerca da legitimidade dos

Estados nacionais para exercer o controle da movimentação de pessoas em seus territórios. John Torpey se utiliza da expressão “meios de movimentação” para mostrar que os Estados e o sistema internacional de Estados expropriaram dos indivíduos os legítimos “meios de movimentação”. Resultando numa situação em que para as pessoas se movimentarem através de fronteiras tornou-se necessária a autorização dos Estados. Neste sentido:

“Let me emphasize that I am not claiming that states and the state system effectively control all movements of persons, but only that they have monopolized the authority to restrict movement vis-à-vis other potential claimants, such as private economic or religious entities. Such entities may play a role in the control of movement, but they do so today at the behest of states. Nor am I arguing that states’ monopolization of the legitimate means of movement is a generalization valid for all times and places; the monopolization of this authority by states emerged only gradually after the medieval period and the paralleled states’ monopolization of the legitimate means of violence.” (Torpey, 2000. p.5).

Prova desse fato foi a evolução de um sistema de identificação dos viajantes a partir do uso de passaportes¹. Os passaportes podem representar um meio de dificultar o fluxo de pessoas cruzando fronteiras, no entanto, podem do mesmo modo servir de instrumento de defesa dos que viajam.

Vale registrar que nada sugere, mesmo considerando a livre circulação de pessoas dentro da EU, o fim do passaporte, como meio de controle migratório. Nada indica a livre circulação de pessoas com a devida extinção de barreiras fronteiriças entre os territórios. No entanto, nada sugere a diminuição do trânsito internacional de viajantes, para todas as finalidades.

Na idade média o controle de quem entrava e saía se realizava nos portões de entrada da cidade-Estado; depois esse círculo de exercício de soberania se estendeu para a formação do Estado; hoje temos a formação de Blocos. Presenciamos, portanto, um alarga-

mento nos limites em que o Poder Soberano exerce o seu império: antes nos limites das cidades-Estado; depois nos estados modernos; hoje entre os blocos econômicos. Vejamos ilustrativamente: de Veneza - cidade, para a Itália - Estado; da Itália, como Estado, para a União Européia, como Bloco.

O controle de fluxo de pessoas entre os Estados soberanos deve ter como norte o estabelecimento de regras e rigorismos que não destoem da dignidade do ser humano. Este princípio universal, congênito ao homem, deve ser a todo custo protegido. Em simples fato que o compromisso com os direitos humanos não decorre do Direito Internacional, mas do princípio de que todo ser humano tem determinado valor intrínseco, que todo ser humano é um fim nele mesmo. Nesse sentido, afirma Jack Donnelly:

Human rights are ordinarily understood as the rights one has simply because one is human being. They are held equally by all human beings, irrespective of any rights or duties individuals may (or may not) have as citizens, members of families, or parts of any public or private organization or association. They are also inalienable rights, because being human is not something that can be renounced, lost, or forfeited. In practice, not all people enjoy all their human rights, let alone enjoy them equally. Nonetheless, all human beings have (the same) human rights and hold them equally and inalienably².

Considerando, no entanto, que controles de entrada e de saída de pessoas constituem um potencial obstáculo ao viajante, muitos procuram superá-lo de diversas formas, como por exemplo, falsificação de documentos, ingresso ilegal por fronteiras abertas, por manobras legais como casamentos, ou, até mesmo, pela aquisição de outra nacionalidade.

1 - Torpey, John. *The invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*. Cambridge University Press. 2000. p.4.

2 - Jack Donnelly, “State Sovereignty and International Intervention: the case of human rights” in *Beyond Westphalia. State Sovereignty and International Intervention*. Gene M. Lyons & Michael Mastanduno. The Johns Hopkins University Press. Baltimore. 1995. p.144.

A aquisição de nacionalidade para maximizar as chances de admissão

Uma das formas mais eficazes de aumento nas chances de ingresso em países europeus se dá através da aquisição da nacionalidade daqueles países por parte de filhos, netos, ou bisnetos de imigrantes. Isso é possível porque vários países adotam o critério *jus sanguinis* de atribuição de nacionalidade³.

Nesses casos, a aquisição da nacionalidade acontece por questões instrumentais, ou seja, para viabilizar o ingresso do indivíduo nesses países e não por questões relativas ao sentimento de pertencimento a um devido grupo nacional.

São permanentes e numerosos os pedidos de reconhecimento de nacionalidade de argentinos, brasileiros ou uruguaios, por exemplo, nos consulados da Espanha, Portugal e Itália. Ficaram famosas as imagens veiculadas, pelas emissoras de televisão do mundo inteiro, de argentinos às portas dos consulados da Espanha e da Itália, durante a grave crise econômica de 2000. Os pedidos aumentam durante períodos de crises econômicas.

O estabelecimento de regras e rigores: a Soberania do Estado

Neste contexto de globalização, podemos dividir de modo simplista quatro formas para a circulação de pessoas:

- Forma Livre: não há, praticamente, nenhum controle de saída e entrada de pessoas entre dois países. É o que ocorre na União Européia.
- Forma Simples: é observado quando o simples documento de identificação pessoal se mostra suficiente para a entrada e saída. Por exemplo, para um brasileiro adentrar na Argentina basta apresentar o documento de identidade.⁴
- Forma específica: ocorre na necessidade de se retirar documento específico para a entrada e saída em países soberanos. A retirada deste documento de viagem deve observar alguns requisitos específicos. A ordem jurídica pode estabelecer vários tipos de documentos; além do passaporte comum existem outros tipos de

passaportes como o para estrangeiro e o *laissez-passer* (artigo 54 da lei 6.815/1980, com a modificação da lei 9.964/81).

- Forma específica qualificada: além da existência de documento de viagem específico, se faz necessário o visto, que é um controle prévio exercido pelo país que receberá o estrangeiro quando este ainda se encontra no seu país de origem.

O visto é uma autorização introduzida no passaporte ou documento equivalente, por autoridade consular, devendo o seu portador preencher determinados requisitos, de acordo com a finalidade de sua viagem.

Sob este aspecto existem os seguintes tipos de visto no nosso país: trânsito; turista; temporário; viagem cultural ou missão de estudos; viagem de negócios; artistas e desportistas; estudante; cientistas, professores, técnicos ou profissionais de outra categoria, sob o regime de contrato; correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira; ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa; permanente; cortesia, oficial e diplomático. Deve-se observar, no entanto, que ter o passaporte visado não gera o direito à entrada.

A questão da Soberania

De acordo com Krasner, a idéia de soberania tem sido usada, normalmente, para designar quatro características distintas do Estado moderno. As características envolvem o Estado em suas relações internas com sua população e em suas relações com os demais Estados do sistema internacional de Vestfália. As características dizem, especificamente, respeito à *soberania doméstica*, que se refere à organização da autoridade pública interna dotada do monopólio legal do uso da

3 - O mais democrático, e desejável, seria que todos os países adotassem algum tipo de critério misto, mesclando o *jus soli* com o *jus sanguinis*. Desta forma, se evitariam conflitos negativos, permitindo que uma maior quantidade de pessoas pudesse ter outra nacionalidade. Pois como sabemos a nacionalidade continua sendo o maior requisito para que alguém possa usufruir a rede de proteção social dos diversos Estados.

4 - Vejamos o artigo segundo do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina sobre Isenção de Vistos, promulgado pelo DECRETO No 3.435, DE 25 DE ABRIL DE 2000: "A documentação para a República Federativa do Brasil é a seguinte: Passaporte ou cédula de Identidade expedida pelos Estados, com validade nacional.(...)" (grifo nosso)

violência; *soberania interdependente*, que se refere à habilidade dos governos em monitorar as fronteiras transnacionais quanto aos movimentos das chamadas quatro liberdades de movimento (mercadorias, bens, capitais e serviços); *soberania internacional legal*, que se refere ao reconhecimento mútuo entre os Estados e outras organizações governamentais internacionais, e *soberania Vestfaliana*, que se refere à exclusão da autoridade de atores externos nas questões internas⁵.

Assim, o monopólio legal dos meios de entrada é exercido, soberanamente, pelo Estado. De tal sorte que o estrangeiro, ainda que preencha todos os requisitos, detém mera expectativa de direito.

Essa prerrogativa única pertencente aos Estados de recusar ou admitir estrangeiros é uma expressão de sua soberania. Por mais que se advogue a existência de um ‘mundo único’, ainda estamos longe dessa realidade, pelo que hoje não podemos negar o exercício soberano dos Estados na admissão ou não do estrangeiro.

Também defendo que a simples recusa, como reflexo da soberania, por si só não afronta os Direitos Humanos. Antes de tudo é uma questão de segurança interna e, ocasionalmente, internacional.

Tem-se reconhecido na recusa de entrada e saída de pessoas do país uma expressão da própria soberania, bem como, em algumas situações especiais, da cooperação internacional, notadamente no contexto da globalização em que há uma intensificação na criação de redes criminosas mundiais. O combate a estes aglomerados de pessoas de nacionalidades distintas, unidas para a prática do crime, é tarefa de todos os países. O controle exercido pode impedir a circulação de armas, drogas, terroristas no globo terrestre.

Também é de se ressaltar que a permissão incontrolada de estrangeiros por determinado país pode levar a falência da sua rede de proteção social, o que prejudicaria tanto seus nacionais quanto os imigrantes. Isto vale tanto para o Canadá, quanto para o Brasil. Logo, a fiscalização assume uma característica de sustentabilidade dos níveis de qualidade de vida no país, pois a entrada indiscriminada poderia gerar um verdadeiro

colapso nos sistemas de assistência social. Entretanto, esta fiscalização deve atentar ditames da dignidade da pessoa humana, bem como deve, ao máximo, fugir da discriminação. Nenhum Estado pode sob a retórica do combate ao terrorismo, por exemplo, contribuir para a exacerbação do racismo em escala global por intermédio de um processo de entrada seletiva baseada na origem do viajante.

O Estado soberano deve observar os ditames dos Direitos Humanos tanto na fiscalização de entrada e saída de pessoas como no caso de inadmissão, ou seja, deve proceder a uma fiscalização eficaz, mas correta sob o prisma da dignidade da pessoa humana, bem como deve tratar com decência aqueles que eventualmente não forem admitidos.

A soberania e o colapso das instituições políticas

Uma questão muito importante para nosso objeto de estudo é o problema dos chamados Estados falidos. Vale salientar que Estado falido não significa quebrado do ponto de vista financeiro, mas antes do ponto de vista das suas estruturas governamentais. Nesse caso, suas instituições e lideranças perdem a capacidade de controlar política e economicamente seu território, não conseguindo garantir segurança, lei e ordem, infra-estrutura econômica ou serviços públicos de saúde para sua população.

As conseqüências dessa situação são graves. Elas vão desde problemas com refugiados e com desabastecimento alimentar, passando pela falta de água e de energia elétrica, chegando até conflitos étnicos. A história revela que esse tipo de colapso é, geralmente, decorrente de guerra civil.

O fato é que, conforme afirma Cusimano, quando os Estados implodem, as conseqüências negativas de tais acontecimentos vão além das populações diretamente envolvidas. Num mundo interdependente, caravanas de refugiados, quebra de mercados, degradação ambiental, epidemias, contrabando de armas (inclusive nucleares) e terrorismo são problemas que não respeitam fronteiras⁶.

5 - Stephen D. Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, 1999, p.9.

6 - Maryann K. Cusimano. *Beyond Sovereignty. Issues for a global agenda*. Bedford-ST. Martin's. New York. 2000. p.12.

Nesse sentido, de acordo com Andrew Natsios, a complexidade das crises humanitárias é determinada por cinco características comuns:

1. Deterioração ou completo colapso da autoridade do governo central de um determinado Estado.
2. Existência de conflitos de natureza étnica ou religiosa e seus conseqüentes abusos dos direitos humanos.
3. Falta de segurança alimentar, fome em massa.
4. Colapso macroeconômico, principalmente, envolvendo hiperinflação, desemprego em grande escala e redução drástica do Produto Interno Bruto.
5. Finalmente, fluxo migratório de refugiados que buscam abrigo e alimentação.

Para Natsios, problemas dessa magnitude não respeitam fronteiras e freqüentemente se espalham por Estados vizinhos. Portanto, evitar a propagação do caos provocado por crises humanitárias representa um grande desafio para a segurança internacional, principalmente considerando a existência do princípio da soberania⁷.

É importante reconhecermos, quanto ao problema dos Estados falidos, que qualquer discussão sobre soberania deve levar em consideração os conceitos de autoridade e de controle⁸. Quando a autoridade é efetiva, a força ou a coerção não necessariamente serão utilizadas. O exercício da autoridade pode produzir controle; entretanto, o controle pode ser adquirido sem a necessidade do uso da autoridade. Ou seja, pode ser adquirido mediante apenas o uso da força bruta. Por isso, na prática, não é tão fácil sabermos onde começa o controle e acaba a autoridade, ou vice-versa. Assim, a perda de autoridade por um determinado período pode levar à perda de controle. Por outro lado, o efetivo controle por um determinado período, ou a aceitação desse controle por questões meramente instrumentais, pode gerar novas modalidades de autoridade. Isso porque se o controle for efetivo e eficaz os que estão sob seu domínio podem passar a reconhecê-lo como sendo normativo e não apenas instrumental. Por outro lado, se a autoridade falhar na manutenção do controle, sua autoridade pode ruir.

O fato é que esse tipo de catástrofe humanitária gera constantemente inadmitidos em massa, como por exemplo, os milhares de albaneses barrados em sua tentativa de entrada na Itália, logo após a queda do regime socialista albanês. Isso pelo fato de que nesses casos, não há controle efetivo para se impedir a saída de um grande contingente de refugiados que buscam abrigo em outros países.

País sensível e controle migratório: a dignidade da pessoa humana no controle de entrada

Superada a questão sobre a soberania do Estado em barrar os que pretendam entrar em seu território, passo a analisar políticas de imigração nos postos de fronteiras, especialmente, as que têm gerado incidentes diplomáticos, como o recente envolvendo Espanha e Brasil. A sensibilidade da questão pode ser observada por motivos internos do país de origem do viajante, bem como do país de destino, ou ainda das qualidades e características do próprio viajante. Os Estados Unidos são sensíveis ao terrorismo, por problemas internos oriundos dos ataques sofridos em 11 de setembro de 2001; dessa forma a fiscalização de entrada de pessoas levará em conta essa problemática. Portanto, um cidadão oriundo de país onde se supõe haver maior concentração de terroristas terá maior dificuldade de adentrar aos EUA do que um mexicano. Também observo, neste mesmo sentido, que conjunturas políticas e econômicas internas podem levar ao país facilitar ou dificultar a entrada de estrangeiros. Países que estão com alto índice de desemprego tendem a dificultar a entrada de pessoas de menor renda e escolaridade, pois estas poderiam representar um fator de desequilíbrio no mercado de trabalho; principalmente, devido ao fato de que imigrantes ilegais tendem, pelas circunstâncias, a se submeterem a situações desumanas, além de trabalharem na informalidade.

Também visualizo problemas para entrada quando circunstâncias sensíveis ao tráfico de drogas justificam restrições seletivas. Neste sentido, se a Colômbia

7 - Andrew S. Natsios, "NGOs, the UN, and humanitarian emergencies", in Paul F. Diehl, *The Politics of Global Governance, International Organizations in an Interdependent World*, Boulder, Rienner, 1997, p.288.

8 - Autoridade significa um direito aceito pelos cidadãos para que um agente possa exercer determinada função, por exemplo, a autoridade do Presidente em representar seu país.

é um produtor de drogas, provavelmente, uma pessoa oriunda desse país será tratada com preconceito em virtude de sua nacionalidade. Nesse mesmo sentido, uma jovem brasileira, solteira, que tente entrar na Europa, poderá ser tratada com preconceito, pois se sabe que muitas procuram ganhar a vida nos países desenvolvidos com prostituição.

Nesta linha de pensamento podemos concluir que existem grupos preferenciais no processo de admissão. Esta atividade seletiva leva em conta critérios políticos, étnicos, religiosos ou econômicos. De acordo com os países envolvidos e suas linhas gerais de política de entrada e permanência de estrangeiros, estes critérios poderão incidir de forma mais favorável ou desfavorável à prevalência dos Direitos Humanos. Teremos dois casos de inadmissão: um correto e outro incorreto. É aceitável não admitir um estrangeiro no país quando este passa por dificuldades conjunturais econômicas, se aquele que quer ingressar busca emprego, e não corre risco de vida em seu país de origem. Já não será correto fazer incidir um controle de admissão mais rigoroso, ou mesmo inadmitir uma pessoa, por questões étnicas, políticas ou religiosas, ou em fundado receio de risco de vida em caso de retorno, como no caso dos refugiados.

Este tipo de pensamento que leva em conta as convicções políticas, religiosas ou a etnia do imigrante deve ser repellido por atentar frontalmente a dignidade da pessoa humana e a igualdade de tratamento. Na atual esteira de comportamento dos países e suas sensibilidades chegaremos ao ponto de se criarem filas nos controles migratórios para muçulmanos (não importando de qual país), colombianos e brasileiras. Na Roma antiga os Gentios, cidadãos não romanos, eram facilmente escravizados e tratados como res – coisa. Hoje as políticas de controle de imigração, em regra, provocam desrespeito aos direitos humanos. Não devemos aceitar que a exceção se sobreponha à regra. Todos devem ser tratados de forma igual, pois todos são seres humanos, independentemente da cor da pele, da etnia, da nacionalidade, da convicção política e do credo religioso.

Percebemos que essa mentalidade sensível termina por tornar vulnerável a segurança no controle migratório. Ora, se as organizações criminosas sabem que cidadãos de certas nacionalidade ou características

pessoais serão fiscalizados mais rigorosamente, elas vão recorrer e aliciar pessoas cujas feições e origens não sejam alvo de preconceito. Portanto o tratamento não igualitário termina por criar uma brecha na fiscalização.

A inadmissão como prerrogativa discricionária do Estado é um reflexo de sua soberania, mas o controle de fluxo migratório baseado em critérios discriminatórios atenta contra os Direitos Humanos.

O Estado pode até barrar e não justificar os motivos; mas não pode barrar e desrespeitar a dignidade da pessoa humana e o pressuposto de que não existe diferença entre pessoas. O conceito de cidadania global, no futuro, pode até conferir o direito de livre circulação no planeta, mas esta é uma perspectiva longe de ser alcançada.

Remato este tópico lembrando que existem determinadas pessoas que são bem-vindas nos países. Notadamente este fenômeno se caracteriza pela captação de cérebros, realizada para proporcionar um maior desenvolvimento tecnológico no Estado na área militar, por exemplo. De tal sorte, ao passo que alguns têm dificuldade de adentrar, outros são incitados e aliciados para tanto. Esse fato só ressalta o caráter seletivo no processo de entrada de pessoas.

O repesamento de cidadãos: restrições à saída de pessoas. A obrigação de admitir.

Vejamos a seguinte notícia:

*Fidel Castro confirma deserção de atletas e técnico cubanos*⁹

24/07/2007 - 00h03

O ditador cubano Fidel Castro confirmou nesta segunda-feira a deserção dos boxeadores Guillermo Rigondeaux e Erislandy Lara, além do jogador de handebol Rafael Capote e do técnico de ginástica Lázaro Lamelas, no Rio de Janeiro, onde estavam concentrados para a disputa do Pan-Americano.

“Sinceramente, nos nocautearam com um golpe direto no queixo, com ajuda norte-americana-

9 - <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u314529.shtml>

na. Não lhes faltou nenhum tipo de proteção”, declarou Fidel, em um artigo sobre os Jogos.

Há uma tendência natural em quem estuda o fluxo migratório de achar que é na entrada de estrangeiros no país onde incide com mais intensidade o controle. Entretanto a saída de pessoas também merece ser analisada sob a ótica dos Direitos Humanos.

Durante a vigência do Pacto de Varsóvia, os nacionais dos países que formavam a chamada ‘cortina de ferro’ não podiam sair, estavam represados. É o caso dos cubanos, ilustrado acima.

Para quem quer sair, mas não pode, em caso de fuga, gera-se uma situação diferenciada: a necessidade de se conceder asilo político (um dos princípios constitucionais que regem as relações diplomáticas do Brasil).

O Brasil prevê duas hipóteses de asilo político: o diplomático e o territorial

O asilo diplomático é aquele concedido ao estrangeiro ainda em seu próprio território. Neste caso, a concessão é de competência da representação diplomática brasileira no exterior no local onde se encontra o estrangeiro, não assegurando o direito ao asilo territorial.

O asilo territorial é concedido pelo Ministro da Justiça, por prazo limitado de até 2 anos, sendo prorrogável enquanto persistirem as condições que deram origem, mediante requerimento do interessado.

Questão interessante é o conflito que se pode estabelecer entre o exercício pleno da liberdade de ir e vir e os requisitos para retirada do passaporte. Analisemos o serviço militar obrigatório: se o cidadão não se apresenta, não poderá retirar o seu passaporte. Conseqüentemente o fato de não prestar o serviço militar obrigatório acabou sendo um fato impeditivo de se locomover no mundo, notadamente para os países que exigem apresentação de passaporte.

E o direito a liberdade, como garantia individual, não deve ser interpretado extensivamente? Essa prerrogativa, que é pressuposto do exercício dos demais

direitos, não comporta a possibilidade de se retirar do Brasil?

Podemos defender, inclusive, a impetração de habeas corpus para que o cidadão possa se retirar do país mesmo sem prestar o serviço militar obrigatório. Pois este fato, per si, não pode obstar o direito de ir e vir, pelo que deve ser combatido com o remédio jurídico próprio, que é o HC.

A conduta dos candidatos à admissão e a postura do Estado face aos inadmitidos

Todo procedimento de controle de entrada deve contar com a colaboração daqueles que viajam. Os que pretendem adentrar em outro país devem ter o máximo de cuidado para que suas atitudes não sejam interpretadas em seu desfavor, pois os oficiais de imigração são treinados para desconfiar do propósito da viagem e o viajante deve levar em conta este fato.

Para que seja diminuída a possibilidade de inadmissão, o viajante deve atentar para as exigências básicas do país de destino. Neste sentido, ele deve:

- Atentar para os possíveis problemas de comunicação: saber qual a língua que é utilizada no seu destino e as condições de se estabelecer um diálogo. Muitos problemas decorrem da falta de comunicação entre o viajante e os agentes do controle migratório.
 - Portar todos os documentos necessários.
 - Se há necessidade de visto, não desviar a finalidade da viagem: suponhamos que o visto seja para o mero trânsito no país, ou seja, não é o destino final da viagem. Se o viajante confere destinação diversa ao seu itinerário, terá que requerer novo visto para a atividade específica que deseja desempenhar, sob risco de ser deportado. O propósito da viagem deve estar o mais claro possível.
 - Comprovar a exata duração da viagem.
 - Comprovar dispor de recursos.
 - Manter a calma, não tratar o oficial de imigração como se estivesse sendo agredido ou como se estivesse gostado da situação.
- Enfim, o candidato ao ingresso no país deve se

cercar de todos os cuidados para evitar a sua eventual inadmissão.

Vimos como devem agir os meios de fiscalização do Estado, bem como deve se portar o viajante para não ser barrado. Vejamos agora qual seria a política ideal do país que resolve, por ato de soberania, inadmitir uma pessoa. Está vencida a discussão sobre a legitimidade de o Estado barrar discricionariamente quem ele deseja. O que nos importa agora é saber como se deve agir face aos inadmitidos. Vejamos:

*Espanha retém mais dois alunos brasileiros*¹⁰
06/03/2008 - 05h07

A polícia espanhola reteve ontem, no aeroporto internacional de Barajas, mais dois estudantes brasileiros que estavam de passagem pelo país (...)

As duas pessoas detidas são os alunos de mestrado brasileiros Patrícia Rangel e Pedro Luiz Lima, do IUPERJ (Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro). Eles participariam de um congresso de ciência política em Lisboa (Portugal). (...)

Além dos dois estudantes, havia cerca de 30 outros brasileiros retidos em Barajas, mas o consulado não conseguiu saber se todos haviam chegado ontem mesmo ou se parte deles viera nos vôos da véspera e estava aguardando a decisão das autoridades policiais.

Em fevereiro, a mestrandia de física da Universidade de São Paulo Patrícia Camargo Magalhães, 23, foi deportada sob o argumento de falta de documentação. A jovem participaria de um congresso internacional em Portugal e viajaria para Lisboa com escala em Madri por uma questão de preço. Para ela, no entanto, o que aconteceu “foi uma demonstração de preconceito social e sexual”.

O Estado tem o direito de inadmitir. E ele pode fazê-lo sem se justificar, por ato de sua soberania. Mas o que ocorre depois da inadmissão? Qual a postura que se deve esperar das autoridades que controlam o fluxo migratório? O que chocou no caso Brasil-Espanha foi a quantidade de inadmitidos, e a forma como foram tratados.

O Poder absoluto-soberano do Estado deve ser exercido e a dignidade da pessoa humana respeitada. Atentem para esta outra matéria divulgada na imprensa sobre o tratamento conferido aos barrados em território espanhol:

*Brasileiros saem de Salvador e são barrados na Espanha*¹¹

21/05/2008 - 17h55m

O baiano, Leandro Santos Suzart, faz parte do grupo que está detido em Madri. Ele foi à Espanha para o casamento de uma tia. Por telefone, direto de Madri, Leandro contou o que aconteceu depois que o avião chegou ao aeroporto.

“Pegaram todos os brasileiros, prenderam os passaportes. Trouxeram a gente para uma sala. Ficou todo mundo nessa sala sem água, sem comida, sem direito a nada. Inclusive tem uma mulher grávida de sete meses na mesma sala que a gente, sem cama, sem cadeira para sentar, já se sentiu mal, pediu um remédio, um assistência, mas ninguém deu. Vamos passar mais de 30 horas sem assistência nenhuma. Estou indignado com esse tipo de coisa que está acontecendo”, conta o baiano.

A passageira Débora Alves, 20 anos, grávida de sete meses, em entrevista a Globo News, também contou o que aconteceu no aeroporto. ‘Levaram a gente para um quarto apertado, isolaram todo o pessoal e não falavam nada’.

A forma desumana com que muitos brasileiros foram tratados pelo governo espanhol gerou fortes reações contra o governo espanhol no Brasil. E mais: poderia ter gerado um conflito entre Brasil e União Européia, pois a Espanha faz parte deste bloco econômico. O conflito poderia ter conseqüências mais gravosas, abrangendo os países do bloco.

Pelo que foi noticiado pela imprensa e posteriormente confirmado pelas autoridades espanholas, os viajantes brasileiros ficaram presos no aeroporto por muito tempo, não tiveram acesso às suas bagagens, aos seus medicamentos, foram privados do conforto míni-

10 - <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u379093.shtml>

11 - http://ibahia.globo.com/plantao/noticia/default.asp?id_noticia=177106&id_secao=77

mo, lhes faltando até cadeiras para que pudessem sentar, ficaram incomunicáveis – sem ter acesso sequer ao agente consular. O Estado espanhol foi além dos limites de sua soberania. Extrapolou o seu poder de inadmitir, ferindo os barrados em sua dignidade.

Esta não é a forma correta, do ponto de vista dos Direitos Humanos, de tratar os inadmitidos. Nem da própria Constituição espanhola. O Estado ao inadmitir deve conferir um tratamento humano digno aos barrados. Deve proporcionar um conforto mínimo, acesso às bagagens, a medicamentos e possibilitar a comunicação dos inadmitidos com seu agente consular, ao menos.

Sob o pretexto de exercer sua soberania, o Estado não pode esmagar os direitos ínsitos a qualquer ser humano. É dever seu, decorrente de tratados internacionais de Direitos Humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proteger a integridade e a dignidade do viajante inadmitido.

Mas o que levou o governo espanhol a barrar brasileiros? Vimos que a inadmissão pode decorrer de questões políticas, econômicas, étnicas e religiosas. Quais desses critérios foram violados?

*Lula vincula deportação de brasileiros a eleição na Espanha*¹²
07/03/2008 - 22h06

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva associou nesta sexta-feira, no Rio, a proibição da entrada de brasileiros na Espanha ao processo eleitoral daquele país. No domingo (9), o PSOE (Partido Socialista Operário Espanhol), do atual primeiro-ministro espanhol, José Luiz Zapatero, disputa a maioria no parlamento com o PP (Partido Popular).

Lula disse na noite desta sexta-feira que deve se reunir na semana que vem com o vencedor do pleito para tentar resolver o incidente. “Não é possível que, depois de tantos anos de relação que a gente [Espanha e Brasil], haja brasileiros sendo proibidos de entrar na Espanha. Eu acho que muito disso está ligado ao tema eleitoral, e normalmente os partidos conservadores tem quase uma vontade de proibir que os pobres de outros países adentrem seus países”, afirmou Lula.

A presença de estrangeiros na Espanha é uma questão política sensível. A opinião pública se mostra contrária à admissão daqueles que buscam trabalho no território espanhol, notadamente pela falta de empregos que seria agravada com a entrada de imigrantes dispostos a aceitar baixos salários e informalidade. Por isso, há o fundado argumento de que a proximidade das eleições influenciou a inadmissão dos brasileiros. Ou seja, o governo Zapatero se utilizou deste fato para obter apoio popular.

Quando a população se sente ameaçada por algum fato ela pressiona o seu representante político para que tome atitudes enérgicas. O ingresso de imigrantes agravaria a situação desemprego da Espanha, pois mesmo restando salários baixos os espanhóis os preferem à falta de ocupação. Essa pressão popular levou o primeiro-ministro espanhol, José Luiz Zapatero, a barrar a entrada de uma quantidade elevada de estrangeiros no país, até que o processo eleitoral fosse concluído. Tudo indica, após a reeleição do governante, que as questões eleitoreiras desapareceram e a conjuntura de pressão existente no universo da eleição desapareceu, o que proporcionou uma postura mais maleável, levando, posteriormente, a um acordo entre Brasil e Espanha.

Conclusões: a admissão – solidariedade; inadmissão – cooperação.

Por tudo que já se disse é hora de fecharmos a questão: a soberania do Estado em inadmitir, os Direitos Humanos e a posição das pessoas inadmitidas. Sabemos, repise-se, que, em determinadas e justificadas circunstâncias, o Estado pode e deve barrar estrangeiros que tentam ingressar em seu território, como um ato de soberania sua. Este ato, por si só, não é ilegítimo nem atentatório.

Comprendemos também que os viajantes devem se cercar do máximo cuidado. Saber qual o visto adequado para sua viagem, se portar corretamente e de forma a auxiliar o controle de entrada, saber se comunicar no país de destino, se informar sobre as condições e contextos existentes no país ad quem.

Também esboçamos que a dignidade da pessoa

12 - <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u379842.shtml>

humana não pode ser ferida quando há inadmissão, sob nenhum pretexto.

Aos inadmitidos deve ser conferido o direito às condições mínimas de conforto, o acesso à sua bagagem, aos seus medicamentos, ao agente consular de seu país. Enfim, deve haver um tratamento humano, sem o que a legitimidade de se barrar como reflexo da soberania do Estado se torna atentatória do ponto de vista dos Direitos Humanos e, portanto, ilegítima.

Como arremate, concluo que a inadmissão de pessoas, com todas as precauções e justificativas, pode estar relacionada com a cooperação internacional, como, por exemplo, no combate ao terrorismo; por outro lado, a admissão, principalmente, a que permite a entrada do refugiado, relaciona-se com a solidariedade mundial.

Quando ocorre a inadmissão temos, como foi delineado, a cooperação com a segurança internacional, por exemplo, quando um criminoso não pode deixar o seu país e adentrar noutro sem que cumpra a pena que lhe foi imposta. Também, nesta mesma linha, há cooperação quando redes criminosas que atuam no mundo global são desmanchadas ao tentar atuar em outras regiões fronteiriças, sendo barradas pelos controles migratórios. Observa-se, também, cooperação quando a própria estrutura interna de assistência social possa ser abalada com o ingresso desenfreado de imigrantes. Imaginemos uma situação em que um grande número de bolivianos, dadas as difíceis condições econômicas por que passa seu país, resolvam adentrar no Brasil. Teríamos dificuldade em abrigá-los. Da mesma forma ocorre se muitos brasileiros procurarem a Suíça para viver.

Ressalte-se que essa cooperação ao inadmitir passa pelo tratamento humano que deve ser conferido aos inadmitidos, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana. A melhor maneira dos Estados e da comunidade internacional minimizarem os efeitos oriundos das inadmissões é a cooperação, tanto antes

de inadmitir, oferecendo maiores informações aos viajantes, por exemplo, quanto depois de inadmitir, conferindo condições humanas para com a pessoa barrada. Inclusive, oferecendo assistência financeira. Seria justo o Estado de destino arcar com o ressarcimento do custo do transporte daquele que viajou com toda a documentação correta e foi barrado, simplesmente, porque o oficial de imigração desconfiou do verdadeiro propósito da viagem. Regra que poderia contribuir para com o fim de excessos.

Por outro lado a admissão passa pelo conceito de solidariedade internacional porque o estrangeiro é acolhido para que possa exercer sua liberdade, ou para que tenha melhor qualidade de vida, sob o ponto de vista humanitário.

Referências:

CUSIMANO, Maryann K. *Beyond Sovereignty. Issues for a global agenda*. Bedford-ST. Martin's. New York. 2000. p.12.

DONNELLY, Jack. "State Sovereignty and International Intervention: the case of human rights" in *Beyond Westphalia. State Sovereignty and International Intervention*. Gene M. Lyons & Michael Mastanduno. The Johns Hopkins University Press. Baltimore. 1995. p.144.

KRASNER, Stephen D., *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, 1999, p.9

NATSIOS, Andrew S., "NGOs, the UN, and humanitarian emergencies", in Paul F. Diehl, *The Politics of Global Governance, International Organizations in an Interdependent World*, Boulder, Rienner, 1997, p.288.

REGIS, André. *Intervenções nem sempre humanitárias*. Editora Universitária. UFPB. 2006.

TORPEY, John. *The invention of the passport. Surveillance, Citizenship, and the State*. Cambridge University Press. 2000. 211p.



Súmula ou Jurisprudência Vinculatórias?

Por André Vicente Pires Rosa

Juiz Assessor Especial da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco. Juiz de Direito da 25ª Vara Cível da Capital. Coordenador de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários. Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e Demais Carreiras Jurídicas da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor Adjunto da UFPE nos cursos de graduação e pós-graduação. Doutor em Direito.

A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004, trouxe inovações realmente profundas em vários âmbitos de atuação do Poder Judiciário. Não foi sem motivo que ficou conhecida como “reforma do Judiciário”. Pode-se questionar se ela atingiu os resultados pretendidos pelo Constituinte Derivado, mas o fato é que novos institutos foram positivados e encontram-se em pleno vigor e com total eficácia.

Pode-se mencionar, sem a pretensão de exaurir as possibilidades, que as principais inovações foram, a criação da súmula *vinculante*, o instituto da repercussão geral exigida como requisito de admissão do recurso extraordinário, a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a explicitação do princípio da “duração razoável do processo”, o novo *status* jurídico assumido pelos tratados e convenções internacionais relativos a direitos humanos e o “incidente de deslocamento de competência de competência para a Justiça Federal”.

Dentre essas inovações, interessa-me destacar, em especial, o problema da chamada súmula *vinculante*. Devo, em primeiro lugar, deixar registrado o fato de que o Reformador da Constituição *não se apercebeu* que o termo *vinculante* não existe na língua portuguesa.

Mais do que simples desconhecimento do vernáculo, esse equívoco parece demonstrar a falta de conhecimento e de reflexão sobre o objeto que acabara de criar. Apesar da observação feita, utilizo a expressão “súmula vinculante” em razão do uso consolidado – e totalmente acrítico – de nossa doutrina e de nossos tribunais.

A partir, pois, da Emenda Constitucional nº 45 o Supremo Tribunal Federal – e apenas ele – tem a possibilidade de editar súmulas que não signifiquem mais apenas um simples resumo da posição adotada repetidas vezes no julgamento de causas semelhantes.¹ Nos termos dispostos do recém criado Art. 103-A da Constituição Federal

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à admi-

1 - A Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006, regulamenta o disposto no Art. 103-A da Constituição Federal e define as regras necessárias à edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal.

nistração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei.”

Esse dispositivo constitucional estabelece algo inédito em nosso ordenamento jurídico. O Supremo Tribunal Federal, a partir de procedimentos e objetivos específicos, pode determinar, de maneira obrigatória, o modo de se interpretar qualquer norma jurídica: quando tiver esse objetivo editará uma “súmula vinculante”. Essa novidade constitucional altera uma situação que já era bastante conhecida entre nós e que para alguns significava algo extremamente positivo. Refiro-me à tão decantada “autonomia dos juízes”.

Antes, qualquer magistrado ou tribunal tinha a prerrogativa de decidir o modo que lhe parecesse mais adequado de interpretar as normas jurídicas; agora, o abanico hermenêutico pode ser reduzido caso o STF decida editar súmula vinculante sobre o tema. Antes, a jurisprudência do Supremo era sempre uma espécie de norte aos demais julgadores que, na prática, sempre buscavam, antes de proferir suas decisões, saber se aquele tribunal já havia manifestado seu entendimento ou decidido caso semelhante.

Pode-se dizer que a jurisprudência da Alta Corte convencia e se impunha pela autoridade intelectual dos seus integrantes e pelo lugar que ocupa na estrutura da separação de poderes do Estado. Hoje, em sendo sua intenção, o Supremo poderá estabelecer que o conteúdo de algumas de suas decisões obriguem “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Para que isso ocorra, basta que edite uma súmula com caráter vinculatório. O Constituinte Derivado, no entanto, não se satisfaz com a simples criação da súmula vinculante; foi além. Estabeleceu também a forma de proteger o conteúdo decidido e sumulado. O §3º do Art. 103-A determina que

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassa-

rá a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ainda não se tem muito clara qual é a verdadeira natureza jurídica da súmula vinculante. O fato é que a doutrina ainda deverá analisá-la para que se possa definir como fica nosso sistema de “fontes do Direito” a partir da introdução de uma verdadeira norma nova. O Constituinte Derivado, no entanto, numa tentativa de estabelecer marcos de atuação ao Supremo Tribunal Federal quando da criação das súmulas vinculantes estabeleceu que

“A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (§1º do Art. 103-A).

Ainda que de passagem, necessário se faz dizer que o STF não tem sido muito rigoroso com relação à exigência da “controvérsia atual” entre os órgãos do Poder Judiciário e entre esses e a Administração Pública, ao menos na elaboração das quatorze súmulas vinculantes já editadas.

Essa mesma idéia – de fazer com decisões sumuladas do STF fossem vinculatórias – foi manifestada uma vez mais pelo Constituinte quando estabeleceu efeito semelhante às decisões adotadas Supremo em sede de controle abstrato de constitucionalidade:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Analisando esses dispositivos constitucionais em conjunto com outros, como por exemplo a exigên-

cia da demonstração da repercussão geral para o recebimento dos recursos extraordinários pelo STF, pode-se concluir que houve uma tentativa, por parte do criador da Emenda Constitucional nº 45, de que fossem alcançados ao menos dois objetivos de magna importância.

O primeiro foi a tentativa de ver diminuída a imensa carga de trabalho a que estavam (e estão) submetidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhes, assim, julgar com maior agilidade e eficiência os temas que realmente sejam relevantes para a Nação Brasileira. Se o entendimento da Corte Suprema é aplicado por juízes e tribunais – se existe, por exemplo, para o caso, súmula vinculante – não tem sentido lógico que a questão chegue à mais alta instância, uma vez que seu pensamento (sua jurisprudência) já foi aplicado e a questão foi resolvida exatamente com essa orientação. A Corte Suprema, pois, pode dedicar seu tempo às grandes decisões, cuja repercussão ultrapasse o mero interesse subjetivo isolado.

O segundo tem a ver com o tentame de evitar que os jurisdicionados criem falsas expectativas em relação às decisões judiciais que lhes beneficiem quando tenham sido proferidas contra jurisprudência ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Não tem sentido exigir que a parte interessada fosse obrigada a recorrer até ao STF para ver sua decisão corrigida com base no entendimento desse Tribunal. Admitir ou mesmo estimular esse tipo de situações é absolutamente contrário aos princípios da segurança jurídica e da justiça.

Não há justificativa razoável para exigir que o interessado tenha de aguardar anos e seja obrigado a arcar com ônus financeiros desnecessários para ter de levar sua causa perante a Corte Suprema. Nessa reflexão não podem ser olvidados aqueles casos (infelizmente em números não desprezíveis) em que por falta de condições econômicas da parte, a decisão transita em julgado no primeiro grau de jurisdição: aqui a sentença poderia decidir de modo totalmente distinto da posição já firmada pelo Supremo Tribunal Federal. A injustiça e a desigualdade seriam patentes e baseadas apenas na capacidade econômica das partes.

Se entendemos que, objetivamente, esses são fins propostos pelo Constituinte e comandos obrigató-

rios estabelecidos pela Emenda nº 45, parece fácil chegar a uma conclusão, ainda que parcial: o que vincula o Poder Judiciário, hoje, não são apenas as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, mas sim toda sua jurisprudência, esteja ela sumulada ou não. Compreendido os motivos que levaram à elaboração da Emenda Constitucional, os juízes estão obrigados à reprodução da jurisprudência do Alto Tribunal na solução das lides que lhes são apresentadas.

É evidente que o julgador não se converte em um autômato, em mero repetidor de decisões. Mas, tampouco se pode considerar que ele possua absoluta e total liberdade quando da interpretação da norma. A liberdade de convicção do magistrado encontra limite na expectativa das partes (e de modo mais amplo da sociedade) em ver as demandas julgadas de acordo com uma orientação única. De não ser assim, como visto, eterniza-se o conflito, gera-se uma enorme sensação de incerteza e insegurança jurídica, além do aumento de custos que pode ofender gravemente o ao direito fundamental de “acesso à justiça”.

Os juízes e os tribunais devem, pois, conhecer o modo como o Supremo Tribunal Federal interpreta as normas jurídicas, as declarações de constitucionalidade e as de inconstitucionalidade que realiza em sede de controle abstrato e de modo incidental e aplicar tais interpretações aos casos concretos que decidem. Mesmo que não exista, ainda, em nosso ordenamento jurídico um comando normativo explícito nesse sentido, dúvidas não podem mais existir de que esse é o objetivo perseguido pelo Constituinte, ao menos no que se refere à jurisprudência do Supremo.

Parece não existir mais dúvidas de que nos encaminhamos para o entendimento de que a jurisprudência, em particular do STF, deve ser obrigatoriamente acatada por juízes e tribunais. Antes mesmo de a Emenda nº 45 ter sido promulgada, o legislador ordinário já adotara alguns instrumentos normativos que demonstram essa intenção. Apenas a título de exemplo, e para que fiquemos somente no âmbito do processo civil, a Lei nº 9.756 de 18 de dezembro de 1998 – que alterou dispositivos do Código de Processo Civil – trouxe importantes alterações no sistema de recursos. Interessa destacar especialmente o disposto no

artigo 557, *caput* e §1º-A do CPC. Fica evidente a importância que o legislador confere à jurisprudência dos Tribunais ali referidos: a sorte do recurso está ligada a como foi manejada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ou Tribunal Superior) pela decisão objeto do recurso. O que significa, dentre outras coisas, que o órgão a *quo*, bem como *ad quem*, devem ser conhecedores da jurisprudência daqueles Tribunais. Se a decisão recorrida observou tal jurisprudência não merece reparo e “o relator negará seguimento” ao recurso; se a decisão recorrida não a observou “o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Outro exemplo a demonstrar esse entendimento, advindo da mesma Lei nº 9.756/98, encontra-se no disposto no parágrafo único do artigo 481, também do CPC. Em sede de controle difuso de constitucionalidade os órgãos fracionários dos tribunais não necessitam levar “ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Em certo sentido, pode-se dizer que o legislador de 1998 antecipou e mesmo ultrapassou a determinação do Constituinte Derivado positivada apenas em 2004. Independentemente do alcance dessas disposições normativas, constitucionais e legislativas, o fato é que elas apontam exatamente para esse caminho que parece sem retorno: a inexorável força vinculadora com relação aos demais órgãos e membros do Poder Judiciário que possuem as decisões, *in casu*, do Supremo Tribunal Federal.

Essa reflexão tem por objetivo exatamente a tentativa de demover alguns da idéia de que os juízes, em sentido amplo, devem ser absolutamente livres quando do momento da interpretação das normas para a solução dos casos que lhes são apresentados.

Estamos vivendo hoje uma realidade absolutamente distinta daquela onde essa concepção foi forjada. Hoje parece bastante romântica a idéia – que teve algum sentido no passado – de que o Supremo Tribunal Federal mudará sua posição a partir da decisão de um juiz. Não digo que as decisões do STF não tenham a contribuição dos magistrados brasileiros; é evidente que isso ocorre,

basta pensar em todos os processos julgados em recurso extraordinário que iniciaram no primeiro grau da justiça estadual, federal, do trabalho, militar ou eleitoral.

O que percebo é que uma vez firmado seu entendimento, o que, via de regra pressupõe um longo tempo e na grande maioria das vezes um processo mais ou menos demorado de amadurecimento, é pouco provável que uma decisão isolada de um magistrado, por mais bem elaborada que seja, possa alterar esse entendimento já anteriormente anunciado. A repercussão de suas decisões e profundos câmbios sociais, essas variáveis sim podem fazer com que a Alta Corte mude seus posicionamentos. Os ministros integrantes do Supremo, naturalmente, têm a consciência da importância de suas decisões. Sabem que não podem mudar de opinião, a não ser em situações absolutamente especiais. Por isso, além de estarem convencidos de que decidiram anteriormente do modo mais correto e/ou conveniente, têm clareza de que a posição firmada deve ser mantida em nome da segurança jurídica. Mudar, em determinadas situações, pode significar falta de convicção e isso acarreta um enfraquecimento na força normativa das decisões judiciais, além de um desprestígio para a Instituição.

Portanto, parece-me muito mais salutar que uma sociedade tenha um centro de onde irradie uma jurisprudência que vincule todos os demais órgãos do Poder Judiciário do que a existência de múltiplos pontos dos quais emanem decisões por vezes contrárias e/ou contraditórias entre si. Quando isso ocorre, a concentração e a consequente vinculação tornam as posições mais claras e os julgamentos de juízes e tribunais mais coerentes; certo ou errado, ou seja, independentemente de concordarmos ou não com a decisão, ela é a válida e seu conteúdo orientará as demais decisões judiciais. Essa espécie de uniformidade é salutar para o desenvolvimento das relações sociais que se baseiam cada vez mais na previsibilidade oferecida por um Poder Judiciário que mantém certo grau de sincronia em seus julgamentos.

É evidente, por outro lado, que um sistema que privilegie desse modo a decisão do Supremo Tribunal Federal pode correr o risco de que a aplicação de sua jurisprudência vinculadora, em casos específicos, tra-

ga efeitos incompatíveis com a ordem jurídica. Nesse ponto é que os juízes e tribunais ocupam a posição de absoluta imprescindibilidade: esses casos específicos contêm elementos que os diferenciam dos antigos sobre os quais já existe decisão do Supremo – por isso são casos específicos. Essas especificidades se impõem para os magistrados como verdadeiro desafio: agora sim eles possuem a liberdade de interpretar a Constituição e as demais normas do ordenamento jurídico com suas convicções e seus conhecimentos porque os casos que devem julgar são diferentes e ainda não foram decididos pelo STF. Quando atuam desse modo recomencem o processo que findará com a decisão do Supremo e aí aparecerá nova jurisprudência vinculadora. Os juízes e tribunais que não *mudam* as posições, mas ajudam o Alto Tribunal a *construí-las*.

Com essas ponderações não quero afirmar que os magistrados brasileiros não têm o direito a criticar as decisões do Supremo Tribunal Federal e que devam submeter-se a elas como se fossem dogmas inquestionáveis. É perfeitamente possível, e até desejável, que os juízes conhecedores da jurisprudência do STF, discordem não só das conclusões a que chegam os ministros, mas também do raciocínio por eles desenvolvido. Desse modo, é absolutamente lícito que eles deixem consignado seu entendimento sobre o tema quando elaborem suas decisões. Podem e devem justificar seu entendi-

mento e argumentar explicando porque não concordam com o posicionamento assentado na Alta Corte. O que eles não podem fazer é substituir o entendimento pacificado pelo Supremo, pelos seus individuais. Essa crítica efetuada no corpo da decisão tem uma dupla motivação. Em primeiro lugar ameniza um possível conflito na consciência do juiz já que está obrigado a decidir de modo diverso de sua convicção; ao menos deixa consignado que se pudesse decidiria de modo diverso. E em segundo lugar, porque é possível que sua reflexão tenha, de algum modo e em alguma medida, a capacidade de interferir na jurisprudência já firmada dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do eventual recurso a que esteja submetida a decisão.

Por essas razões, propor que os juízes e tribunais brasileiros estejam vinculados a toda jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e não apenas às suas súmulas vinculantes é apostar por um caminho que parece não ter volta. Ainda que inconvenientes possam decorrer da adoção desse posicionamento, parece indubitável que as vantagens os superam de longe. Juízes e tribunais estão inseridos em um contexto onde o que se busca é a melhor prestação jurisdicional possível e isso passa, necessariamente, pela uniformidade nos julgamentos. O objetivo final do Poder Judiciário é a realização da justiça e nunca o de ser um espaço onde o julgador apareça como o ator principal.

A

Justiça Constitucional Multiportas e a Sociedade de Risco

Por Dayse de Vasconcelos Mayer

Mestra e doutora em ciências jurídico-políticas pela Faculdade de Direito de Lisboa e ex-docente da mesma instituição. Coordenadora de projetos especiais da Esmape, professora da UFPE.

Sumário:

1. A sociedade dos conflitos e das tensões sociais. 2. A justiça multiportas 3. O Estado anômico e anêmico. 4. A justiça restaurativa versus justiça multiportas. 5. O caráter interdisciplinar da justiça restaurativa: os caminhos da libertação pela supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana: à guisa de conclusão.

1. A Sociedade dos conflitos e das tensões sociais;

Deve-se inicialmente distinguir os meios autônomos de solução de conflitos (como a arbitragem, quando não imposta) e os muitos modos de intervenção das forças sociais na administração da Justiça. O nosso interesse neste artigo está centrado na análise do conflito como algo constitutivo de qualquer sociedade. Nenhuma delas, por mais evoluída que se revele poderá receber o dístico de sociedade apaziguada. Em todas existem disputas, controvérsias, rixas e litígios de diferentes ordens ou matizes. Tudo coerente com o estado original de ser e de viver dos homens. Justificasse, portanto, a frase de Thomas Hobbes¹ homo homini lupus (o homem é lobo do próprio homem).

Por outras palavras, o mundo em que os indivíduos nascem, vivem e, finalmente morrem; o mundo em que os homens amam, odeiam, desejam, experimentam vitórias, humilhações, esperanças e desespero; o mun-

do em que o ser humano vivencia sentimentos de alegria, tristeza e sofrimentos é, acima de tudo, um mundo de desacordo entre paixão e razão². Pensar diferente é aceitar um tipo de estrutura mental linear, indiferente ao fato de que não existe ordem sem desordem, construção sem desconstrução, harmonia sem desarmonia.

Todavia, mesmo no suposto estado de conflito-limite, o homem soube e sabe identificar alternativas racionais para solução dos impasses ou embaraços derivados das paixões, da estupidez e da sua própria natureza beligerante. Com isso passamos a afirmar que a razão humana e o processo de consciência individual movem ou impulsionam o indivíduo no sentido de explorar ou investigar práticas capazes de restaurar o caos ou o equilíbrio perdido, daí a afirmação de Ascensão de que mesmo nas situações de perturbação, a ordem acaba triunfando³.

E não se trata, naturalmente, de encontrar formas e fórmulas de domesticação do poderoso Leviatã ou animal artificial. Até porque o conflito, modernamente, já excedeu ou transpôs as fronteiras do Estado-nação. O problema consiste em edificar, apesar dos antagonismos existentes, “uma relação construtiva en-

1 - Cfr. HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Penguin Books Ltd. Edição e Introdução de C. B. Macpherson, 1968.

2 - Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Técnica e Ciência como “Ideologia”*, Lisboa: Edições 70, p. 70.

3 - Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, p. 15.

tre Têmis e Leviatã” - na linguagem de Marcelo Neves - “de tal maneira que o direito não se mantenha como uma mera abstração e o poder político não se torne impotente por sua hipertrofia ou falta de referência legitimadora”⁴. Não se deve esquecer que o mal não está unicamente no poder do Estado, mas na captura deste por interesses setoriais. Mas esse tema, embora interessante e relevante foge aos interesses e objeto deste artigo.

Dissemos que o conflito é um contínuo na história humana. O Brasil não fugiria a tal regra. As análises recentes sobre a explosão de litigiosidade no âmbito do sistema de justiça - aqui entendida em todos os seus quadrantes - têm revelado uma cultura inditosa ou extremamente antagonica. É justamente nesse aspecto que se avoca a necessidade de discussão de novas práticas libertadoras ou procedimentos de composição das disputas, sempre tomando como referência duas certezas:

- a) o antagonismo ou choque de interesses é inevitável;
- b) o antagonismo não pode ser superado com o apelo apenas ao texto constitucional ou à lei em geral.

Estas duas ilações inspiram a idéia de análise ou apreciação de uma nova modalidade de solução de contendas com a opção por um sistema de justiça multiportas.

2. A justiça multiportas

Principiemos pela palavra justiça. Pode ser um valor ou um sistema de resolução de conflitos. Recepcionamos a segunda perspectiva. Ainda que se não eradique da discussão a justiça como valor⁵. Igualmente, fazemos breve referência, no corpo do artigo, à justiça social. Mas esta nada tem de jurisdicional, nem que ver com os meios de resolução de conflitos. Há os choques e os armistícios sociais, mas estes não são formas institucionalizadas de solução.

A expressão “justiça multiportas” associa-se à experiência anglo-saxônica Multi-Door Courthouse -, citada por Marc Galanter⁶. Prende-se com a integração, num único espaço, de várias formas de resolução de

conflitos, sem exclusão da judicial. A característica fundamental desse sistema reside na triagem prévia com o objetivo de avaliação do tipo de procedimento que mais se harmoniza com a natureza do conflito que motivou o recurso ao Poder Judiciário.

Como se observa, a idéia de multiportas assume diferentes significados. Entre tantos, o de acesso, entradas, alternativas ou remédios para gerir uma contenda com o concurso ou participação ativa de outros poderes. Os princípios constitucionais, por exemplo, revelam-se uma das portas, entre muitas, para solução do conflito. É o caso, também da conciliação, da mediação e da arbitragem. O sistema, portanto, na se fecha. Configura um catálogo aberto para a recepção de novas formas de dirimir os antagonismos.

Não existe, nesse plano, portanto, uma só forma ou modalidade de solução de conflitos. As instâncias judiciárias devem estar acessíveis a diferentes experiências ou outras modalidades sistêmicas, fruto, designadamente, do ingente trabalho ou esforço doutrinário sujeito a uma práxis incessante. Usamos a palavra sistema com uma intenção definida. O sistema pressupõe a inclusão de uma pluralidade de elementos - entidades, partes, órgãos - interconectados de modo a formar um todo organizado com um fim definido. A boa integração ou harmonia entre os múltiplos componentes recebe o nome de sinergia, responsável pela influência recíproca entre as partes.

Mas, em todas estas considerações não se focou o essencial: a constituição. A brasileira de 1988 restabeleceu a crença e a confiança no regime democrático e, designadamente, na liberdade e igualdade referenciais básicos para a implementação do sistema multiportas. Consagrou, por exemplo, um superprincípio: o da dignidade humana⁷ que logrou

4 - NEVES, Marcelo, *Entre Thêmis e Leviatã: Uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.XIX.

5 - Daí a afirmação de Oliveira Ascensão: “A palavra justiça é equívoca. Significará por vezes a atividade dos tribunais (...); também abrange mesmo outros órgãos que com aqueles cooperam (...). José de Oliveira Ascensão, *Introdução à Ciência do Direito*, cit. p. 181 e ss.

6 - Cfr. GALENDER, Marc. “Direito em Abundância: a atividade legislativa no Atlântico Norte”. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 36, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, pp. 103-145.

7 - BESTER, Gisela Maria; TOPOROSKI, Michelle Caroline Stutz; ARAÚJO, Cassiana Marcondes de. “Princípio da dignidade da pessoa humana e ações

a supressão das restrições até então existentes por força do autoritarismo que durou duas décadas.

Ao longo dos últimos vinte anos observou-se no Brasil uma mudança que se pensou substancial na qualidade do poder e que viria a afetar, substancialmente, a esfera do Judiciário. Um dos exemplos a registrar é a busca, por alguns grupos de detentores de estatuto financeiro diferenciado, de outras alternativas de alcance da justiça. Tal significa que, da banda dos mais ricos as formas de solução vão sendo alteradas progressivamente. As grandes organizações econômicas - as multinacionais, por exemplo - têm optado por meios não judiciais de solução dos seus embates. Querem decisões ou respostas mais ágeis ou mais céleres para os seus problemas na convicção de que processo demorado implica prejuízos ou riscos de diferentes ordens. Contudo, da banda dos mais pobres as alterações têm sido pouco significativas⁸. Este é o primeiro cenário de análise ou apreciação num contexto judicial de crise e risco.

Um outro aspecto importante a reforçar é o desprezo pelo interesse coletivo nas formas de solução. Mesmo a Justiça penal vai sendo parcialmente abandonada a acordos entre os litigantes. É um retrocesso a tempos antigos de Justiça privada, nomeadamente ao “preço do sangue” com que se resolviam entre os germânicos os crimes de sangue. A unidade moral da ordem jurídica, muito importante na nossa cultura (e menos na anglo americana) vai sendo sucessivamente abalada.

2. A justiça na sociedade de risco

O risco na sociedade contemporânea tem sido objeto de fraca investigação. Tal afirmação não significa que o nosso objetivo é engendrar um tipo de análise verticalizada desse tipo de sociedade. Até porque tal expressão, cunhada por Ulrich Beck⁹ - um dos teóricos sociais mais influentes da contemporaneidade, notadamente após a publicação de *Risk Society* - ainda não logrou a esperada, desejada e indispensável sistematização. Daí a nosso propósito de apenas esboçar ou nomear alguns traços característicos desse tipo de sociedade, indispensáveis à compreensão do tema em discussão.

Convém acentuar que os riscos na sociedade existem em todas as realidades e com diferentes facetas e singularidades. Sem caráter exaustivo, poderíamos anotar: risco de uma sentença injusta; risco de disseminação da corrupção e de contágio pelo Judiciário; risco de esgotamento dos recursos públicos destinados aos programas sociais; risco do déficit de recursos públicos indispensáveis ao pagamento das aposentadorias e custeio da assistência especial aos idosos e fisicamente incapacitados; risco de desemprego, de subemprego e de escassez de gêneros alimentícios; risco de desequilíbrios ecológicos; risco de turbulência ou instabilidade nos mercados financeiros; risco, finalmente, de retorno ao protecionismo estatal e regresso a formas de totalitarismo extremo.

Beck, na obra acima referenciada, sumariza as diferentes configurações ou manifestações do risco. Ao elenco oferecido pelo autor (risco ecológico, químico, nuclear, genético e econômico) adicionaríamos o risco de desvios patológicos na forma de administração da justiça¹⁰.

O cerne do problema - também discutido por Beck - é a impossibilidade de controle. Racionalmente, tal conclusão parece óbvia tendo em vista que o conceito de risco pressupõe imprecisão, instabilidade, precariedade e, finalmente, incerteza. Por outras palavras, conhece-se o risco, todavia dificilmente encontramos as fórmulas que permitam barrar o fato ao mesmo atrelado.

Entretanto, relevante não é o grau ou quantidade de risco, mas a qualidade do controle posto em prática pelo Estado na sociedade globalizada. Na realidade, não são as mudanças climáticas, os desastres ecológicos, a engenharia e a manipulação genética, a criminalidade organizada, os crimes contra a paz e a humanidade, etc. que evidenciam a originalidade da sociedade de risco, mas a crescente percepção de que vivemos em um mundo interconectado que está perdendo o

afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiências no mercado de trabalho” in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v.6, p. 70-71, 2004.

8 - V. BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford, 2002.

9 - V. BECK, Ulrich, *World Risk Society*, Londres: Polity Press, 1999.

10 - Cfr. BECK, Ulrich, idem, pp. 2-9

seu equilíbrio e caminhando para um patamar de desgoverno. Origina-se deste entendimento a expressão “incertezas fabricadas”¹¹ ou incertezas reforçadas por novas e rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas. Tudo isso vem gerando um novo cenário a especular ou investigar.

O que mais interessa a este tipo de discussão são as regras estabelecidas de atribuição e responsabilidade. É possível referir, nesse aspecto, que os perigos aumentam em catadupa, notadamente se estivermos atentos para o fenômeno da “anonimatização legitimada”. Explicando melhor, na pré-modernidade, os perigos e medos eram, grosso modo, atribuídos a deuses ou à natureza.

Na era do risco, as ameaças com as quais nos confrontamos são atribuídas à “modernização” e ao “progresso”. Assim, a cultura do medo vem do fato paradoxal de que até mesmo as instituições, e o Judiciário em particular que têm a incumbência ou encargo de controlar o risco geram ou engendram um grau elevado de incontrolabilidade.

Esse é também o entendimento de Castoriadis quando admite que a técnica substituiu a religião na superação metafísica da mortalidade humana. Talvez essa forma de entender permita a compreensão do fascínio que a ciência e a tecnologia exercem sobre os indivíduos. É como se a própria tecnologia tivesse a capacidade de ultrapassar aquilo que os homens jamais foram capazes de vencer: a sua transitoriedade ou mortalidade.

Outra questão relevante que se põe - e que particularmente nos interessa - é o conceito de poder e de poder político na sociedade de risco. Afinal, quem exerce efetivamente o poder e quem é responsável pelos custos dos efeitos danosos do exercício do poder, especialmente quando ilegítimo? Os grandes grupos financeiros ou grandes corporações? As sociedades secretas? Os mercados financeiros? As burocracias? Os governos? Os políticos? As massas? As ideologias?

As respostas não são fáceis de oferecer. As dissidências existem em diferentes aspectos. Fala-se, por exemplo, nas chamadas “tribos afinitárias”¹² de feição religiosa, jurídica, sexual, máfias, redes de compadrio, etc. em substituição às antigas tribos. Admite-se, igual-

mente, que num contexto de “irresponsabilidade organizada” haveria uma suposta “legitimação da irresponsabilidade” decorrente do pluralismo consagrado pelas constituições de se associar ou formar grupos. A irresponsabilidade resultaria das características dos grupos: o encapotamento, dissimulação, invisibilidade e secretismo¹³. Por outras palavras, a organização tem como traço maior a não identificação, a não presença e, conseqüentemente, a isenção do domínio da culpa.

Um outro aspecto importante a realçar é a instabilidade, mobilidade ou mutabilidade desses poderes grupais decorrentes da própria celeridade das inovações que se processam no mundo cibernético. Ela seria de tal modo agressiva que se assemelharia ao estouro de uma manada ou à explosão de uma caldeira ou usina. Tudo isso afetaria, em demasiado, as ações e decisões dos magistrados. Tal significa que novas formas de respiradouro devem ser pensadas para recepção pelo Judiciário.

No que se prende com os aspectos diretamente relacionados com a justiça social - aqui focada de forma marginal - é visível a fragilidade da nossa Constituição de 1988 no plano dos direitos fundamentais. Há sempre que refletir sobre a chamada “cláusula da reserva do possível” como fator de contenção do Judiciário no instante em que ele se dispõe a aplicar a lei ou implementar políticas públicas, nomeadamente no campo da saúde, da educação, da habitação e do trabalho.

Por isso mesmo há um aumento progressivo da frustração do cidadão comum e dos pobres em particular no instante em que percebem que estão paulatinamente sendo afastados de certas metas de bem-estar e prosperidade que a Constituição assegura no capítulo dos direitos fundamentais¹⁴.

A conclusão a que chegamos é uma só: há duas modalidades de constituição: uma oficial ou formal e uma real ou informal. Somente aqueles que se põem no topo da pirâmide

11 - Cfr. BECK, Ulrich, *idem, ibidem*.

12 - V. MAFFESOLI, Michel. No tempo das tribos - o declínio do individualismo nas sociedades de massa, Rio de Janeiro: Forense Universitária. A expressão é usada pelo autor quando se refere às sociedades pós-modernas e ao surgimento de outras formas de união.

13 - MAYER, Dayse de Vasconcelos, *Democracia Capturada: a face oculta do poder (no prelo)*.

14 - V. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

social estaria apto a desfrutar das prerrogativas inscritas na Lei Maior. A ilação a extrair é que tudo isso acabaria por compor uma “vitrina da insuficiência” do homem comum¹⁵.

3. O Estado anômico e anêmico

O vocábulo anomia, de origem grega e formado por a + nomos, significa ausência de leis ou de regras reguladoras da conduta dos cidadãos. Quando aplicada ao conceito de organismo político-administrativo, recepciona um sentido predominantemente sociológico, isto é com o significado de Estado impotente, lasso e anêmico. Como tal, responsável pelos movimentos de insegurança ou instabilidade social. O Estado, nessa hipótese, perderia uma parte da sua energia e vitalidade para cumprimento dos seus objetivos maiores, entre eles, a política de segurança e proteção constitucional dos cidadãos, daí a ideia de Estado anêmico no sentido de débil ou frágil.

O Estado anômico é uma figura que só muito recentemente foi incluída no elenco das discussões doutrinárias. O mérito cabe, indiscutivelmente, a Peter Waldmann¹⁶. O fenômeno ocorreria nas “situações de falta de consenso sobre as normas vigentes”. Haveria uma ordem formal e outra informal que se apresenta como um código totalmente distinto. Tal fenômeno é muito visível nos países latino-americanos que retornaram à normalidade democrática há quase vinte anos. Todavia, as alterações foram, em sua maioria, de ordem semântica. Cada vez é mais visível que o sistema de governo adotado pelos Países que emergiram de governos militares, ainda estão pouco familiarizados com os princípios do Estado de direito. A igualdade, por exemplo, continua sendo uma exceção embora esteja inscrita nos textos constitucionais. Por outro lado, a corrupção é um fenômeno visível e até mesmo endêmico. Por isso o Estado acaba se revelando uma fonte particular de desordem e de insegurança para os cidadãos.

Mesmo não enquadrando o Brasil neste desenho, não se exime de traçar paralelos entre o nosso país e outros Estados - caso da Argentina e da Colômbia. Nos traços que se revelariam coincidentes, Waldmann inclui a descrença pela classe política e pelos partidos políticos em geral. Refere, entre vários fatores considerados, a sucessão de escândalos sem punição, a impos-

sibilidade de garantia dos direitos sociais em razão da ampliação desmedida dos direitos individuais dos mais aquinhoados financeiramente.

O autor ainda chama a atenção para a distinção entre anomia e desintegração social. A primeira, com o sentido de crise, é inerente a todos os sistemas sociais e são transitórias. A transitoriedade faria parte da própria essência da crise. Já a desintegração assumiria a natureza de partição, dissociação ou desagregação do todo. Em termos de custos sociais, as duas se equivaleriam.

4. Justiça restaurativa versus justiça multiportas

A justiça restaurativa¹⁷ é considerada pela doutrina mais festejada como a justiça do futuro. Vale a pena, nesse caso, a pergunta: Qual o significado da expressão? Tomemos inicialmente como referencial o verbo restaurar, do latim restaurare, com o significado de recuperar, consertar, revigorar. Igualmente, o substantivo restauração, do latim restorationis, com o sentido de algo desgastado ou destruído pelo uso permanente.

A segunda acepção se harmoniza com a justiça retributiva em termos da ação de pagar, ressarcir, retribuir, indenizar o dano causado a outrem. Mas a justiça retributiva - especialmente a clássica - revela-se também uma ofensa ao Estado, a sociedade e o próprio homem. Pressupõe a estatuição da culpa do agente e subsequente indenização e reconstituição do dano, na tentativa de evitar o confinamento do transgressor.

Nessa modalidade de justiça não há intervenção direta da sociedade. Paradoxalmente, o Estado - locus privilegiado da defesa dos interesses gerais - encoraja, nessa modalidade de justiça os valores reparatórios com apelo exclusivo aos interesses individuais das partes em conflito. Caso paradigmático é o que ocorre no plano das multas de trânsito nas situações, por exemplo, de lesão corporal de natureza grave ou leve. Na

15 - V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2000.

16 - Peter Waldmann, *El Estado Anômico: Derecho, Seguridad Pública y Vida Cotidiana em America Latina*, Madrid: Editora Iberoamerica, 2ª ed., 2006.

17 - V. SLAKMON, C; VITO, R de; GOMES PINTO, R (organizadores). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005 e SUARES, Marínés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires: Paidós, 2005.

forma do que dispõe o Código de Trânsito Brasileiro (art. 297) há dificuldade de tipificação do crime compatível com a multa reparatória. Nesse caso, a multa referente ao dano causado à parte barraria, em tese, a ação penal.

Tal procedimento vem sendo seguido, sem cautelas, pelo Ministério Público pernambucano numa forma de coibir o excesso de ações em tramitação nas varas especializadas. A pergunta que se faz é muito simples: A sanção reparatória se esgota na questão meramente patrimonialista. E os demais danos sofridos pela parte? Observe-se que uma vez encerrada a conciliação - encarada como resultado restaurativo - será objeto de termo específico e terá validade de decisão não recorrível pelas partes. Nessa hipótese, dificilmente seria possível a discussão de ocorrência de justiça restaurativa.

Fato recente é a discussão doutrinária acerca dos artigos. 29 a 31 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Muitos penalistas observam tais dispositivos como opção do legislador pela justiça restaurativa quando assim dispõe:

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Art. 32. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos

para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Tais alternativas servem como exemplo, mas não exaurem, de fato, a filosofia, substância e traços essenciais da justiça restaurativa. Por isso mesmo tais registros apenas servem para ilustrar as dificuldades que se põem nessa esfera de discussão. Convém, nesse caso, abandonar o substantivo restaurativa e centrar a atenção no verbo restaurar com o significado nomeadamente de conciliar recorrendo particularmente ao diálogo, à negociação e à percepção do conflito a partir da visão do contexto social, moral, econômico e político das pessoas diretamente envolvidas.

A expressão justiça restaurativa - cunhada por Albert Eglash - não deve ser interpretada como meio extra-judicial de solução de conflito. Ao contrário, ela pressupõe que o Judiciário reformule, de certa maneira, a sua relação com as partes percebendo autor e réu como protagonistas interessados na solução do antagonismo.

Tem-se, a partir dessa primeira perspectiva, uma questão interessante: a supremacia da liberdade numa ótica diferente: liberdade daquele que foi educado para o exercício da cidadania e da solidariedade; liberdade identificada com um tipo de sociedade voltada para a construção de formas civilizadas de convivência; liberdade com o significado de fraternização em termos de relações positivas e trato social. Liberdade isenta de violência arbitrária praticada pelo Estado. Todos esses aspectos são exigências inscritas nas verdadeiras democracias¹⁸ e que se integram ao conceito que se discute nesta epígrafe.

Poder-se-ia indagar: de que maneira seria possível colocar em prática este meio ou procedimento de libertação do homem inscrito em todas as constituições contemporâneas? Voltamos a sublinhar que a palavra de maior complexidade nesse contexto é justiça com uma exegese diferente, isto é, consubstanciada numa forma nova de olhar ou observar o homem e os con-

18 - SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada - vol. II - As questões clássicas*. São Paulo: Ática, 1994;

flitos econômicos¹⁹, sociais, éticos, religiosos e morais existentes na sociedade. Fala-se, neste caso, numa justiça democrática, participativa e emancipada ou aforrada que se concretiza num ambiente de profundo respeito pelo princípio da dignidade humana²⁰ e em harmonia desejável com os princípios e valores constitucionais.

Pelas características que se aponta, percebe-se de imediato, que essa modalidade de justiça não está confinada a um método, técnica, procedimento ou prática única. Ao contrário, ela ocorre num universo complexo com um propósito maior de alcance de um máximo de eficiência na solução dos embates ou colisão de interesses.

5. O caráter interdisciplinar da justiça restaurativa: os caminhos da libertação pela supremacia do princípio da dignidade humana: à guisa de conclusão

Um erro muito corrente é a percepção de que a justiça restaurativa só se aplica às relações laborais. Mas as relações trabalhistas não ocorrem num contexto independente e clausurado. Outro equívoco da doutrina é identificar o sistema multiportas unicamente com a justiça restaurativa e com a mediação de conflitos.

Há técnicas e procedimentos de negociação que podem ser postos em prática por agentes efetivamente capacitados para tal função, tanto nas demandas pré-processuais quanto nas já judicializadas. A justiça multiportas pretende alcançar tal desiderato, sempre atenta a um princípio basilar: a dignidade do homem.

Não se discute aqui - por não ser objeto de controvérsia - o caráter sagrado da pessoa humana e a idéia de que existe um direito que as constituições não criaram - apenas reconheceram. Na realidade, nenhum legislador, hoje, reivindicaria, por exemplo, a descoberta da regra “não matarás”. Tampouco imputaria tal descoberta a alguém.

O que se deseja comunicar com estas palavras? A resposta é muito simples: a justiça multiportas está jungida a valores e princípios constitucionais presentes em todos os Estados democráticos de direito, nomeadamente ao princípio da dignidade da humana. Junge-se tal princípio ao da igualdade permitindo afastar todo

tipo de discriminação ou tratamento desigual aos cidadãos que se encontram numa mesma situação fática. Está previsto na atual Constituição brasileira, no caput do artigo 5º, título II:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Eis aí, em pinceladas suficientemente largas, o quadro geral em que se movimentam as discussões acerca do sistema multiportas e da justiça restaurativa. Como sempre, é possível efetivar duas escolhas: viver no passado ou ousar o futuro. Ao fazer opção pelo primeiro, o Judiciário aceita o que há de mais convencional - e até reacionário - no sistema de decisão dos conflitos: o caminho repetitivo, rotineiro, exaustivo e tendo por objeto o homem sem rosto. Ao recepcionar o segundo o Judiciário - e o magistrado em particular - aceita o desafio de empreender uma trajetória escarpada e intrincada e, como tal, prenhe de derrotas/vitórias, desacertos/acertos.

Não se duvida de que, em qualquer circunstância, o sistema jurídico está em fase de mudanças sensíveis na tentativa de não apenas punir mas propiciar a satisfação da parte lesada por meio de plúrimos mecanismos jurídicos²¹. Na realidade, quando uma estrutura - no caso a judicial - permanece fundamentalmente inalterada ela acaba perdendo a sua identidade e operando no vazio.

As conseqüências deste fenômeno são facilmente previsíveis. Por isso mesmo este artigo antes de configurar um fim é um começo. Exatamente como o sistema multiportas, está aberto a todos aqueles que desejam uma justiça de melhor qualidade, mais célere e menos desumana.

19 - MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

20 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. V., também, NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

21 - V. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso a justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Renovar.
- BECK, Ulrich. *World risk society*, Londres/Cambridge: Polity Press, 1999.
- BESTER, Gisela Maria; TOPOROSKI, Michelle Caroline Stutz; ARAÚJO, Cassiana Marcondes de. “Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiências no mercado de trabalho” in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v.6, p. 70-71, 2004.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso a justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2000.
- GALENDER, Marc. “Direito em Abundância: a atividade legislativa no Atlântico Norte”. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 36, Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HABERMAS, Jürgen, Técnica e Ciência como “Ideologia”, Lisboa: Edições 70.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Penguin Books Ltd. Edição e Introdução de C. B. Macpherson, 1968.
- MAFFESOLI, Michel. *No tempo das tribos - o declínio do individualismo nas sociedades de massa*, Rio de Janeiro: Forense Universitária. A expressão é usada pelo autor quando se refere às sociedades pós-modernas e ao surgimento de outras formas de união.
- MAYER, Dayse de Vasconcelos, *Democracia Capturada: a face oculta do poder* (no prelo).
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3ª. Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979;
- NEVES, Marcelo, *Entre Thêmis e Leviatã: Uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social – revitalizando as regras do jogo democrático*.
- SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada - vol. II – As questões clássicas*. São Paulo: Ática, 1994;
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SLAKMON, C; VITO, R de; GOMES PINTO, R (organizadores). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.
- SUARES, Marínés. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires: Paidós, 2005.
- WALDMANN, Peter. *El Estado Anómico: Derecho, Seguridad Pública y Vida Cotidiana em America Latina*, Madrid: Editora Iberoamericana, 2ª ed., 2006.



Criação do Distrito Estadual de Suape: Afronta ao Pacto Federativo e à Autonomia Municipal?

Por Eduardo Augusto Paurá Peres Filho

Advogado e Procurador-Geral Adjunto
do Município do Ipojuca

Tramita na Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, a Proposta de Emenda à Constituição nº 06/2009 de autoria da Deputada Elina Carneiro (PSB), objetivando a criação do **Distrito Estadual de Suape** mediante a modificação dos artigos 14, inciso XXVII, 37 incisos XVI, 75, Título da Seção II, 96, § 1º, § 2º, § 3º e 116 da Constituição do Estado de Pernambuco.

Expondo casos de regiões do Estado que vivenciaram significativas transformações sociais e econômicas com períodos de apogeu e declínios, a exemplo do Município de Pesqueira, que sofreu um declínio e Santa Cruz do Capibaribe e Toritama, que tiveram “um desenvolvimento muito além dos índices registrados em outras regiões do nosso Estado”, apresentou a Ilustre Parlamentar, dentre as suas justificativas, a necessidade de “criação de mecanismos institucionais que assegurem a perenização das atividades econômicas e a sua expansão.”

Assim, focando a sua proposta legislativa no Complexo Portuário e Industrial de Suape, mediante uma abordagem dos indicadores econômicos e sociais do Município do Ipojuca (que não é o único município onde SUAPE estende os seus limites territoriais) defende a idéia de que “o poder político do Estado tem o dever de zelar e regar este conjunto de empreendimentos, que apesar de sua solidez hoje, está iniciando um círculo virtuoso que não pode correr o risco de ser interrompido”.

Recorrendo, ainda, à transformação do Território Federal de Fernando de Noronha em Distrito Estadual, o que atribuiu ao então Governador do Estado, Miguel Arraes, apresentou a proposta em questão, visando a criação do novo Distrito Estadual de Suape, a ser “dotado de estatuto próprio, **com autonomia administrativa e financeira**”; dirigido por “**um Administrador-Geral, nomeado pelo Governador do Estado, com prévia aprovação da Assembléia Legislativa**”.

Prevê, também, a citada proposta que “*competirá aos Municípios instituir e arrecadar os tributos de sua competência previstos na Constituição da República, e ao Estado, instituir e arrecadar os tributos municipais dos Distritos Estaduais de Fernando de Noronha e Suape*”, sendo que “*os tributos municipais arrecadados no Distrito Estadual de Suape, exceto o Imposto Territorial Urbano – IPTU, serão redistribuídos aos seguintes municípios que compõem, Território Estratégico de Suape – Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros, além do próprio Distrito de Suape: Ipojuca, Jaboatão dos Guararapes, Cabo de Santo Agostinho, Ribeirão, Escada e Serinhaém, acompanhando a proporcionalidade do Fundo de Participação dos Municípios – FPM*”

Nobre em seus propósitos de perenizar o ciclo de desenvolvimento que vive a região, é de inevitável questionamento a proposta de sua materialização por meio de Emenda à Constituição Estadual, sobretudo da forma escolhida, o que nos leva a alguns questionamen-

tos: 1) **A criação desse “novo ente” da federação afronta o pacto federativo sendo, portanto, absolutamente inconstitucional ??** 2) **Esta é a única forma de fomento do desenvolvimento econômico e social da região da qual dispõe o Estado ??** 3) **Já não detém o Estado o poder de incentivar a pujança econômica e social da região, tendo em vista que já é o responsável pela administração do Complexo Industrial e Portuário de Suape, assim como se beneficia de significativa parcela dos tributos gerados na região ??**

Sem a pretensão de esgotar a discussão e com o propósito, tão somente, de ressaltar a sua importância, tendo em vista ser este o momento para que os parlamentares e, sobretudo a sociedade civil, representada especialmente pela população mais diretamente inclusa na mencionada região, discutam a proposta, nos lançaremos na difícil análise da matéria, focada sob o aspecto da legalidade e constitucionalidade da proposta, nos limitando ao primeiro questionamento acima formulado.

I – Do Pacto Federativo Brasileiro – Considerações Gerais

Historicamente, o longo período de concentração de poder vivido no Continente Europeu provocou a reação dos povos que se direcionaram na busca de novos horizontes inspirados acima de tudo pelos ideais de liberdade, mediante a garantia de certos direitos ditos individuais.

Surgiu assim a necessidade de rompimento com as saturadas formas de governo e organização do Estado marcadas pelo excessivo monopólio do poder, exigindo, conseqüentemente, a concepção de uma nova forma de organização do Estado.

Coincidiu tal período com os primórdios da emigração de parte da população européia, em especial da burguesia inglesa, para o recém descoberto continente norte-americano, fazendo brotar em seu seio uma nova forma de organização do Estado.

Nas palavras do Constitucionalista Paulo Bonavides, “Os Estados Unidos foram por sua vez palco da primeira comoção constitucional que abalou o Ocidente. A Burguesia, em nome da liberdade humana consagrou

ali alguns princípios cardeais de organização do Estado moderno: **o federalismo, a separação dos poderes, os direitos naturais da pessoa humana.”**¹

Surgia assim, uma nova forma de concepção e organização do Estado que passou a inspirar a partir de então as diversas nações ocidentais, sendo este o modelo adotado na atualidade pela quase totalidade dos povos politicamente organizados.

Oxigenado pelas novas ideias, o Brasil rompeu com as amarras imperialistas, encampando o modelo americano de tal sorte que, de logo, passou a designar-se de Estados Unidos do Brasil, evoluindo em seguida para uma República proclamada e reconhecidamente organizada sob a forma federativa, até chegar a atual formatação tal qual materializada na última Carta Magna promulgada em 1988, nos termos do seu art. 1º que assim dispõe: “**A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”

Segundo a lição do Constitucionalista João Mangabeira, “há Federação onde a tutela constitucional garante a autonomia dos Estados, onde estes participam de competência constitucional própria, onde a Constituição não se reforma sem audiência e o consentimento dos Estados-membros, onde, por último, acima da vontade dos componentes da organização política, paira uma instância judiciária superior, tribunal supremo, com poderes para dirimir conflitos porventura suscitados entre a União e os referidos Estados.”²

Citando o publicista Woodrow Wilson, Paulo Bonavides nos ensina que “o princípio federal se cifra juridicamente num método de divisão de poderes, que permite a coexistência do governo geral com o governo das organizações participantes em esferas distintas, coordenadas e independentes”, arrematando em seguida com suas palavras ao afirmar que “sempre que duas ordens governativas coexistem em planos distintos, animadas e vitalizadas por princípios de estreita

1 - BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª Ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2004. p. 180.

2 - João Mangabeira, “A Organização do Poder Legislativo nas Constituições Republicanas”, em Estudo sobre a Constituição Brasileira, pp. 113-114.

coordenação, com independência na promoção de fins específicos, aí temos o princípio federal em toda a sua latitude e veracidade.”³

Coexistência é, pois, a palavra de ordem na relação entre os entes federados, a fim de que as diversas esferas de governo possam agir de forma autônoma e ao mesmo tempo harmônica, regidas em última palavra pelos preceitos da carta política que lhes deu origem.

Tais entes, em nossa República Federativa, foram concebidos e nominados na forma do Art. 18 da Constituição Federal vigente, ao dispor que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a **União**, os **Estados**, o **Distrito Federal** e os **Municípios**, **todos autônomos**, nos termos desta Constituição.”

A existência dos Municípios dentre os entes Federados é inclusive um traço marcante e diferenciador do pacto federativo brasileiro, onde tem em sua atual Constituição Federal o Município como entidade integrante da organização político-administrativa, embora nem sempre tenha sido dessa maneira. “Pelo esforço histórico e constitucional (...) verifica-se que o Município flutuou no Brasil ao sabor dos regimes, que ora alargavam, ora comprimiam suas franquias, dando-lhe liberdade política e financeira ou reduzindo-o à categoria de corporação meramente administrativa, embora todas as Constituições do Brasil inscrevessem em seus textos a tão aspirada autonomia municipal.”⁴

A relevância da forma federativa de Estado adotada em nosso país, assim como dos entes federados concebidos na carta magna (dentre os quais não restam mais dúvidas a inserção dos Municípios) é tamanha que foram erigidos à condição de cláusula pétrea, ou seja, de previsão imutável pelos meios legislativos ordinários, tal como previsto no parágrafo quarto do art. 60, ao prescrever que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - **a forma federativa de Estado**; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Dessa forma, todo e qualquer ato atentatório a esta forma de organização do Estado Brasileiro, seja ele administrativo, seja ele legislativo, será tido por incons-

titucional devendo, portanto, ser obstado pelos Órgãos de Controle legalmente previstos de forma que a vontade popular consubstanciada em nossa Carta Magna, no que toca à sua forma de autoorganizar-se política e administrativamente seja plenamente respeitada.

II – Da impossibilidade de criação de distrito estadual ante a falta de previsão constitucional

De início convém destacar que a nossa carta magna em seu art. 18 não prevê dentre os entes que integram a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, a figura do Distrito Estadual.

A divisão do território nacional deve se dar em Estados Federados que se subdividirão em Municípios e estes, sim, poderão ser divididos em distritos e subdistritos.

No artigo⁵ que trata da organização dos Estados Federados, não consta a autorização para a criação de Distritos Estaduais.

Há de se destacar que o Distrito Estadual de Fernando de Noronha, conforme previsto na Constituição do Estado de Pernambuco, surgiu por ocasião da Constituição Federal de 1988, que nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias decidiu por extinguir os até então chamados Territórios Federais.

No que diz respeito aos Territórios Federais de Roraima e do Amapá⁶ o constituinte decidiu por transformá-los em Estado Federados, mantidos os seus limites geográficos da época.

3 - BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª Ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2004. p.176/177.

4 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª ed. Malheiros Editores – São Paulo. p. 45.

5 - Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995)

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

6 - Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.

Já com relação ao Território de Fernando de Noronha, certamente em face de suas características geográficas, notadamente à sua pequena extensão territorial, decidiu o constituinte por **reincorporá-lo ao Estado de Pernambuco**⁷, sem mencionar que deveria ser feito sob a forma de distrito estadual.

Vê-se, portanto, que o Constituinte decidiu por privilegiar a figura dos entes federados previstos no já transcrito art. 18 da Constituição Federal o que nos leva a crer que outras formas de divisão política, administrativa e geográfica dos Estados-Membros não são permitidas.

Ao contrário dos Estados-Membros, os Municípios é que estão autorizados a dividir os seus territórios em distritos e subdistritos, uma vez que não há a previsão de outros entes federados a integrar os territórios dos municípios.

Assim é que o Constituinte permitiu que divisões administrativas e financeiras fossem efetuadas pelos Municípios, porém nunca pelos Estados.

No entanto, esta figura surgiu no texto da Constituição do respectivo Estado, promulgada no ano seguinte (5/10/09), que em seu art. 75⁸ criou o Distrito Estadual de Fernando de Noronha.

Porém, mais uma vez concluímos pela prevalência das formas previstas no texto federal, pelo fato de a Constituição Estadual ter feito tal inovação de forma provisória, uma vez que no parágrafo 3º do art. 96⁹ obrigou a sua transformação em Município tão logo alcance “os requisitos e exigência mínimas, previstos em lei complementar estadual”¹⁰.

Assim, resta claro que a figura do Distrito Estadual não se vê amparada pela Constituição Federal, sobretudo da forma proposta, que atingirá os interesses dos Municípios abraçados pela medida, quais sejam os municípios do Ipojuca e Cabo de Santo Agostinho.

Tão pouco foi a vontade do Constituinte Estadual subdividir administrativa e financeiramente o Estado de Pernambuco, vindo a medida em análise na contramão da nossa Constituição, sendo inoportuna a sua aprovação.

Sobre a forma de divisão dos Estados, pertinente é a lição de Hely Lopes Meirelles¹¹ ao afirmar que:

Os Estados estão constitucionalmente obrigados a se dividir em Municípios, porque a Constituição de 1988 impõe divisão político-administrativa da Federação em Estados e Municípios (CF, art. 1º) (...)

A divisão do Estado em Municípios é ato político-administrativo sujeito as normas jurídicas preestabelecida pelo próprio Estado, dependente da aprovação pela Assembléia Legislativa que vota a lei criadora do Município e aprova o quadro territorial do Estado. Portanto, a Assembléia Legislativa não é soberana, como era antes, para votar a criação de Município, pois está vinculada ao atendimento de todos os requisitos estabelecidos na lei complementar federal e nas demais normas atinentes à espécie. (...)

Tradicionalmente, o quadro territorial do Estado é modificável de quatro em quatro anos, com a criação e extinção dos Municípios ou a modificação de suas divisas. **Essa estabi-**

7 - Art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

8 - Art. 75 - O território do Estado é dividido em Municípios como unidades territoriais dotadas de autonomia política, normativa, administrativa e financeira, nos termos assegurados pela Constituição da República, por esta Constituição, por lei complementar estadual e pelas Leis Orgânicas dos Municípios e é também formado pelo Distrito Estadual de Fernando de Noronha.

9 - Art. 96 - O Arquipélago de Fernando de Noronha constitui região geoeconômica, social e cultural do Estado de Pernambuco, sob a forma de Distrito Estadual, dotado de estatuto próprio, com autonomia administrativa e financeira.

§ 1º - O Distrito Estadual de Fernando de Noronha será dirigido por um Administrador-Geral, nomeado pelo Governador do Estado, com prévia aprovação da Assembléia Legislativa.

§ 2º - Os cidadãos residentes no Arquipélago elegerão, pelo voto direto e secreto, concomitantemente com as eleições de Governador do Estado, sete conselheiros, com mandato de quatro anos, para formação do Conselho Distrital, órgão que terá funções consultivas e de fiscalização, na forma da lei.

§ 3º - O Distrito Estadual de Fernando de Noronha deverá ser transformado em Município quando alcançar os requisitos e exigência mínimas, previstos em lei complementar estadual.

10 - Atualmente, a EC nº 15/96 alterou a expressão para “lei complementar federal” que irá fixar o período para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios e a definição igualmente por lei federal, dos parâmetros dos Estudos de Viabilidade Municipal. Aos Estados, restou apenas a lei de criação, após a consulta plebiscitária às populações dos Municípios envolvidos.

11 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª ed. Malheiros Editores - São Paulo. p. 75.

lidade quadrienal, que deverá ser mantida nas Constituições e leis complementares estaduais, é de toda conveniência para as Administrações estadual e municipal, que não podem flutuar ao sabor das alterações territoriais e das frequentes mudanças de governos locais. (...)

Se no ano próprio não for promulgada a lei de revisão territorial permanece a divisão anterior inalterável por mais quatro anos.

Já no que diz respeito à divisão dos Municípios em distritos, ele¹² afirma que:

Atualmente, a criação, organização e a supressão de Distritos **são da exclusiva competência do Município, observada a legislação estadual.**

A divisão em Distritos e Subdistritos é de natureza meramente administrativa. Essas circunscrições não se erigem em pessoas jurídicas, nem adquirem autonomia política ou financeira. Continuam sob administração do Município e não têm representação partidária.

Indiscutível se torna, pois, a impossibilidade de divisão dos Estados-Membros em distritos, tendo em vista que só comportam a divisão em Municípios, por ser esta a forma constitucionalmente permitida.

Isso porque os Municípios são entes federados, dotados de personalidade própria e autonomia política e administrativa.

Portanto, qualquer outra forma de subdivisão dos Estados que não em Municípios, pode ser interpretada como burla ao art. 18, §4º da Constituição Federal e à respectiva lei complementar federal.

III – Da autonomia municipal e da necessidade de sua preservação

Diante destes breves esclarecimentos que traçam as linhas gerais do pacto federativo adotado pelo Brasil, mediante a clara especificação dos seus entes integrantes (**União, Estados, Distrito Federal e Muni-**

cípios), nos deparamos com a proposta de Emenda à Constituição do Estado de Pernambuco que objetiva a criação do **Distrito Estadual de Suape**.

Prevê do texto da emenda constitucional em análise que, embora desprovido de autonomia política, o Distrito Estadual de Suape será “dotado de estatuto próprio, **com autonomia administrativa e financeira**” o que, diante do contexto geográfico, econômico e político em que está inserido o pretense Distrito, inevitavelmente atingirá a esfera de interesses dos Municípios circunvizinhos, chocando-se frontalmente com a sua **autonomia** constitucionalmente prevista, o que nos provoca a presente análise tal qual acima delimitada.

No que diz respeito à autonomia dos entes federados, cumpre ressaltar, ainda, que encontra limites exatamente na Constituição Federal, conforme bem registrado na obra abaixo transcrita:

“A autonomia política dos Estados-membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano¹³.
[...]

A Constituição Federal atua como fundamento de validade das ordens jurídicas parciais e central. Ela confere unidade à ordem jurídica do Estado Federal, como o propósito de traçar um compromisso entre as aspirações de cada região e os interesses comuns às esferas locais em conjunto. A Federação gira em torno da Constituição Federal, que é o seu fundamento jurídico e instrumento regulador.”¹⁴

A autonomia garantida aos entes federados,

12 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª ed. Malheiros Editores – São Paulo. p. 76.

13 - O autor faz nítida distinção entre a soberania e a autonomia dos entes federados. Entende que estes não gozam de soberania, tendo em vista que não podem deixar de integrar a União, mas gozam de autonomia entre si, tendo como limite apenas as normas constitucionais.

14 - MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 708.

por óbvio, não poderia deixar de ser observada quanto aos Municípios, conforme especificado no art. 18 da CF, acima transcrito.

Hely Lopes¹⁵ bem define o que vem a ser **autonomia** no contexto da forma federativa de Estado, ressaltando ainda sua plena aplicabilidade no que diz respeito aos municípios, senão vejamos:

Autonomia é a prerrogativa política outorgada pela Constituição a entidades estatais internas (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para compor seu governo e prover a sua Administração segundo o ordenamento jurídico vigente (CF, art. 18). **É a administração própria daquilo que lhe é próprio.** Daí por que a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição de seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local (art. 30, I).

(...)

No que concerne às atribuições mínimas do Município, erigidas em princípios constitucionais garantidores de sua autonomia (arts. 29-30), constituem “um verdadeiro direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado (União), sendo inconstitucionais as leis que, de qualquer modo, o atingirem em sua essência”. Tal é a opinião do professor Meirelles Teixeira, com o apoio nos mais autorizados publicistas pátrios e estrangeiros.

A afronta à autonomia municipal é causa, inclusive, de intervenção da União nos Estados, conforme previsão expressa do art. 34 da Carta Magna, verbis:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

c) autonomia municipal

Verifica-se, dessa forma, que o Pacto Federativo exige o respeito irrestrito à autonomia dos seus entes integrantes, nos limites previstos na Constituição Federal.

No entanto, a medida proposta, atingirá a necessária autonomia municipal, sobretudo no que diz respeito à arrecadação dos poucos tributos que lhes são afetos, transferindo-os para a responsabilidade e administração do Estado, e ainda de forma indireta na medida em que o pretense Distrito Estadual será gerido por representante escolhido pelo Governador do Estado.

Nesse aspecto, torna-se imperioso o esclarecimento de que outro princípio assegurador da autonomia municipal é a garantia que a Constituição da República oferece ao Município de decretar e arrecadar os tributos de sua competência e aplicar suas rendas sem tutela ou dependência de qualquer poder.

É o que se observa dentre as matérias de competência Municipal previstas no texto constitucional:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

15 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª ed. Malheiros Editores – São Paulo. p. 92.

Salvo equívoco em nossa interpretação, a usurpação da competência arrecadatória será o efeito principal causado pela emenda constitucional proposta.

Há de se chamar a atenção para o fato de que o território de Suape, sobre o qual se pretende transferir as competências administrativa e financeira para o Estado de Pernambuco, coincide apenas com parte dos Municípios do Ipojuca e Cabo de Santo Agostinho, mas justamente com os territórios onde estão localizados os diversos empreendimentos industriais, a exemplo do Estaleiro Atlântico Sul e da Refinaria Abreu e Lima, apenas para citarmos os dois principais, cujas arrecadações geradas por suas atividades se revertem em favor dos municípios onde estão localizados.

No entanto, no Complexo Industrial e Portuário de Suape, não está concentrada a maioria da população destes Municípios em favor das quais devem se reverter as respectivas arrecadações.

Ou seja, além do aspecto da legalidade, o efeito prático da medida em análise, será nada mais nada menos do que o de transferir os frutos da arrecadação para o Estado, deixando para os municípios atingidos o dever de continuar administrando os problemas locais com suas receitas defasadas.

Portanto, entendemos que tal medida constituirá verdadeira “intervenção” estatal nos dois municípios atingidos pela medida, o que também é vedado pela Carta Magna, salvo os casos previstos no art. 35, abaixo transcrito, os quais não se observam no âmbito dos municípios em questão.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

- I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
- II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
- III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
- IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

IV – Conclusões.

Do exposto, é forçoso concluirmos pela inconstitucionalidade da Emenda à Constituição Estadual, na forma como proposta, tendo em vista que:

a) não há previsão/autorização constitucional para a instituição de distritos estaduais, subdivisão esta que só é outorgada aos Municípios, por não haver abaixo destes outra forma de divisão político-administrativa.

b) a possibilidade de usurpação pelo Estado da competência arrecadatória dos municípios afetados pela medida proposta, fere a autonomia dos entes municipais, o que a torna passível, inclusive, de ensejar a intervenção federal no Estado, caso a medida seja levada a efeito.

A

“Desconstitucionalização” ou Golpe? Análise da Pec N. 341/09¹.

Por **Glauco Salomão Leite e
Marcelo Labanca Correa de Araújo**

Glauco Salomão Leite

Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Prof. de Direito Constitucional Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), da Faculdade de Direito de Caruaru (ASCES) e da Faculdade Integrada do Recife (FIR). Coordenador do Núcleo de Direito Constitucional e Administrativo da Escola Superior de Advocacia (ESA/PE). Advogado.

Marcelo Labanca Correa de Araújo

Mestre e Doutor pela UFPE. Prof. de Direito Constitucional e coordenador do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Procurador do Banco Central na Procuradoria do Banco Central para a 5ª. Região - Pernambuco.

1.0 O caráter analítico da Constituição Federal e a PEC n. 341/09.

Não há dúvidas de que a Constituição de 1988 simbolizou a transição de um Estado autoritário, que perdeu cerca de vinte um anos no país, para um Estado Democrático de Direito. Ela buscou resgatar os valores do constitucionalismo voltados à contenção do poder estatal e, especialmente, à consagração ampla dos direitos e liberdades, pressupostos que são a uma autêntica cidadania.

A despeito das críticas iniciais concernentes à própria legitimidade da Assembleia Nacional Constituinte, que não se formou como “constituinte exclusiva” e sim como “Congresso com poderes constituintes”, registra-se a participação efetiva do povo mediante apresentação de emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas, bem como pela presença diária de cerca de dez mil pessoas no Parlamento². Ao final dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, emergiu um nova Carta Política com duzentos e quarenta e cinco artigos e mais setenta nas Disposições

Constitucionais Transitórias, perfazendo um total de trezentos e quinze artigos, sem contar seus parágrafos e alíneas. Por isso mesmo, caracteriza-se, quanto à extensão, como uma constituição analítica, uma das mais longas do mundo³.

Um passar de olhos no texto constitucional evidencia a heterogeneidade dos valores, interesses e ideologias representados pelos partidos políticos e grupos que se fizeram presentes no processo constituinte. O nível de detalhe e a amplitude de matérias que foram colocadas no corpo da Constituição são indiscutíveis. Dentre outras causas, isso explica uma série de ambigüidades e contradições na Constituição⁴.

1 - Em boa hora são compilados estudos constitucionais para homenagear o constitucionalista pernambucano Prof. Pinto Ferreira. Os valores que defendia, a ideologia que pregava e a contribuição inigualável que deu ao Direito Constitucional brasileiro, são mais que suficientes para deixá-lo vivo nos corações e mentes de vários alunos, amigos e leitores.

2 - BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª ed. Brasília: OAB Editora. 2008, pp. 493-502.

3 - FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. I. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 24.

4 - A exemplo da livre iniciativa econômica em contraponto ao monopólio do petróleo estampado no art. 177 da CF/88.

Pois bem, o caráter minucioso da “Constituição-cidadã” é a razão pela qual o deputado Régis Fernandes de Oliveira (PSC/RJ) apresentou a PEC n. 341/09, em que ele propugna por uma constituição sintética, “de forma a identificar a estrutura do poder e seu exercício, de um lado e, de outro, o pleno desenvolvimento dos direitos humanos.”⁵. Na sua opinião, “normas de direito civil, comercial, administrativo, penal, processo, procedimento, tudo é matéria que pode e deve ficar com a legislação infra-constitucional”. Além disso, o viés o analítico do texto conduz à “constitucionalização de todo o direito, o que é prejudicial para a solução das controvérsias”, uma vez que a “jurisdição constitucional igualmente passar a ter grande participação na solução dos conflitos sociais, o que leva a distorções”. Diante dessa afirmação, o autor da PEC parece sugerir que uma constituição sintética afastaria ou diminuiria o protagonismo que o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF), apresenta atualmente na solução de inúmeras controvérsias sociais e políticas.

Em razão disso, o presente trabalho busca discutir as razões que motivaram a propositura da citada PEC, bem como chamar a atenção para certos elementos que fazem parte do seu conteúdo. Para tanto, busca-se esclarecer o sentido da dicotomia “constitucionalização/desconstitucionalização”, conforme é empregado no contexto da proposta do referido parlamentar. Na seqüência, enfrenta-se o seguinte questionamento: a “desconstitucionalização” implica, necessariamente, na diminuição de poderes da jurisdição constitucional? Por fim, discutem-se alguns dispositivos integrantes da PEC n. 341/01, com o intuito de aferir se aquilo que é enunciado pelo parlamentar corresponde àquilo que, de fato, faz parte do texto da proposta que fora apresentada.

2.0 O fenômeno da “constitucionalização” do direito.

No âmbito desta discussão, convém elucidar dois sentidos possíveis para a expressão “constitucionalização”. Em uma primeira acepção, o fenômeno da constitucionalização consiste no poder de irradiação das normas constitucionais para os demais setores do sistema jurídico. Ele está ligado ao reconhecimento da força normativa das Constituições, notadamente dos

preceitos que asseguram direitos fundamentais e fixam princípios jurídicos. Isto significa a superação de uma visão clássica, prevalente nos países de tradição romano-germânica até meados do séc. XX, segundo a qual as constituições possuíam um caráter predominantemente político, dando-se mais ênfase a códigos e legislações ordinárias.⁶ Assim, passa-se a reconhecer que os princípios e direitos que integram a Constituição têm natureza de norma jurídica⁷, de modo que o seu conteúdo e os seus valores passam a influenciar concretamente todo o direito ordinário. Em outras palavras, os preceitos constitucionais possuem um o poder expansivo ou efeito de irradiação que encobre os demais quadrantes do sistema jurídico. Nessa perspectiva, o sistema jurídico se apresenta impregnado pela Constituição⁸.

Na prática, o fenômeno é representado pela abundância de controvérsias (cíveis, penais, trabalhistas, tributárias, processuais) em que se percebe a incidência de direitos fundamentais e princípios constitucionais nos diversos ramos jurídicos, criando o ambiente propício para a releitura de diversas categorias e institutos tradicionais de tais ramos do direito. Neste sentido, o fenômeno da “constitucionalização” é bastante impulsionado pela atuação do Poder Judiciário, ora quando fundamenta suas decisões diretamente em normas jusfundamentais e principiológicas; ora quando interpreta o direito ordinário à luz desses vetores constitucionais.

5 - Os argumentos do deputado Régis Fernandes de Oliveira podem ser encontrados na parte designada “Justificativa”, em anexo ao teor da PEC n. 341/09.

6 - Como destaca Gustavo Zagrebelsky, “A lei por excelência era então o código, cujo modelo histórico durante todo o século XIX estaria representado pelo Código civil napoleônico (...)”, de modo que tal Código era tido como a “Constituição da burguesia liberal.” (*El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5ª ed. Madrid: Trotta. 2003, p. 32-53.). Cf. também: OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 4. reimpr. Madrid: Ariel, 1995. p. 133; ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 171

7 - GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 41 e ss.

8 - Cf. GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONELL, Miguel. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. 2003, p. 49; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 351 e ss.; SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, 134 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros. 2006, pp. 40 e ss.; LEITE, Glauber Salomão. “O novo Direito Civil, oriundo da constitucionalização do direito privado”. In: LEITE, Glauco Salomão; LEITE, George Salomão (coords). *A constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm. 2008, p. 97.

Em uma segunda acepção, a “constitucionalização” significa a inserção, no texto constitucional, de institutos e categoriais de vários segmentos jurídicos ou a positivação de determinados interesses de grupos sociais. Em outras palavras, cuida-se da elevação de institutos de vários ramos do direito ao patamar constitucional. Dessa maneira, os principais setores do sistema jurídico possuem disposições plasmadas no texto constitucional. Isso se passa com o direito administrativo, civil, penal, processual (civil e penal), trabalho, tributário, urbanístico, previdenciário, econômico, financeiro, além de preceitos concernentes à família, criança, idosos e índios. Ocorre que, no caso específico do sistema constitucional brasileiro, o grau de detalhamento é tão intenso ao ponto de existirem regras sobre prazo de concurso público (art. 37, III); acumulação de cargo, emprego e função pública remunerada (art. XVI); o ensino de História no Brasil (art. 242, §1º), dentre outras. Todas essas disposições se tornaram, pelo menos formalmente, assunto constitucional.

Como visto, as duas acepções para o termo “constitucionalização” não se confundem. Porém, existe um espaço de contato entre elas, na medida em que a elevação de matérias à Constituição, normalmente disciplinadas no âmbito infra-constitucional, estabelece uma relação de subordinação entre as normas de um ramo jurídico que estão plano ordinário e aquelas outras que estão no âmbito constitucional. Assim, verifica-se a “constitucionalização” (positivação) das fontes do Direito para aquele específico setor do ordenamento jurídico, o que, de certa maneira, também contribui para a o efeito expansivo da Constituição.⁹

De toda sorte, a partir deste esclarecimento conceitual, pode-se concluir que o objetivo anunciado pela PEC n. 361/04 está vinculado à “desconstitucionalização” como sendo o procedimento inverso ao da elevação de conteúdos ao nível constitucional.

3.0 “Desconstitucionalização” como retirada de assuntos não-constitucionais.

A incorporação de vários temas na Constituição de 1988 é o alvo principal do deputado Régis de Oliveira. A positivação desmesurada de inúmeros assuntos e interesses no texto constitucional reflete a descon-

fiança em relação aos órgãos estatais, em especial ao legislador, de modo que vários grupos políticos e sociais queriam ter assegurados seus interesses na própria Constituição, em vez de deixá-los aos auspícios das legislaturas ordinárias do futuro. Assim, quanto mais clara e detalhista fosse a Constituição na proteção de certo direito ou interesse, maior a segurança dos seus titulares e defensores.

Agora, pretende-se percorrer o caminho inverso. Em vez de positivar (“constitucionalizar”) temas, interesses e categorias, almeja-se retirar aqueles assuntos que não dizem respeito aos conteúdos genuinamente constitucionais. Nas palavras do autor da PEC sob análise:

Para nós, a constituição deve conter a estrutura política do poder, as formas de seu exercício, o controle e os direitos e garantias constitucionais. Nada mais.

Assim sendo, os artigos iniciais da Constituição brasileira contêm o relacionamento Estado-comunidade internacional. O art. 5º as relações autoridade-liberdade. Os arts. 12/69 e 76/144, o Estado-aparelho e os arts. 170/250 cuidam do relacionamento Estado-comunidade.

Em verdade, por aí se esgotaria a constituição, dali retirando-se todos os dispositivos relativos à administração pública e respectivos servidores(arts. 37/41), à estruturação do Judiciário, que ficaria restrito ao art. 93, tudo se remetendo à lei complementar. Ao Supremo Tribunal Federal ficaria incompetência de guardião da constituição e tudo o mais se restringiria à competência das cortes estaduais. Toda competência seria estabelecida por lei complementar.

9 - Como exemplo, ressalte-se o Capítulo VII, da Constituição Federal, dedicado à família, criança, adolescente e idoso. Assim, uma vez constitucionalizadas, as disposições do Direito de Família que cuidam do conceito de entidade familiar, igualdade entre cônjuges e filhos, de certo repercutem na interpretação dos preceitos do Código Civil sobre a mesma matéria. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 361.

Advocacia, defensoria pública, ministério público e advocacia pública, bem como tribunal de contas deixariam de ter status constitucional.

Em relação aos arts. 170 a 250 bastariam propostas genéricas (Ordem Econômica e Financeira e Ordem Social, respectivamente)

Como todos os dispositivos constitucionais produzem efeitos, isto é, são eficazes, basta que a interpretação lhes dê toda a dignidade que merecem, na garantia dos direitos, desnecessário é a explicitação de todas as propostas.

Normas sobre direito civil, comercial, administrativo, penal, processo, procedimento, tudo é matéria que pode e deve ficar com a legislação infraconstitucional.

Pelo exposto, a “desconstitucionalização” pretendida pela PEC consiste em excluir da Constituição os assuntos que não tenham conteúdo constitucional.

Vale registrar, todavia, que, ao se excluir da Constituição os assuntos que não possuam “conteúdo constitucional”, tem-se, como pano de fundo, a velha discussão entre normas materialmente constitucionais e normas constitucionais do ponto de vista meramente formal. E não se pode negar que tal distinção remonta a Carl Schmitt¹⁰, pois, ao fazer a distinção entre uma Constituição (decisão política fundamental que define órgãos, e estrutura do Estado, vida democrática e direitos fundamentais) e uma lei constitucional (normas presentes no texto constitucional mas que não possuem matéria de decisão política fundamental), terminou-se por gerar o questionamento: se há normas da constituição que não possuem matéria de decisão fundamental, então porque estariam elas presentes no texto?¹¹

Ao se falar em um conteúdo de constituição, é inegável atrelar o tema aos elementos constitutivos do Estado, de que já falavam os teóricos da Teoria Geral do Estado, segundo anota José Afonso da Silva. Inclusive, para o autor citado, a constituição é “o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”¹². Como, tradicionalmente, sempre foram três

os elementos (território, população e governo), então a constituição deveria ser um documento que pudesse servir como catalizador jurídico-político de tais elementos e, por isso, deveria, apenas, versar sobre organização do Estado, do poder, definição de direitos fundamentais etc. Já as questões “menores” poderiam ficar para a legislação ordinária infraconstitucional (que é justamente o sustentado pela PEC em exame). Groppali,¹³ todavia, menciona um quarto elemento do Estado, as saber, a “finalidade”. Assim, inserindo esse quarto elemento, a Constituição deveria ser o documento escrito que nele pudesse ser contemplado todo um plexo de normas acerca não apenas da população, território e governo, mas também da finalidade do próprio Estado. Com essa perspectiva, não há porque desconsiderar que artigos a exemplo do 37, 170, 225 e tantos outros (considerados de conteúdo não “materialmente constitucional”) possam ser incluídos no conceito de normas materialmente constitucionais, já que se encontram em acordo com o contexto dos propósitos do Estado brasileiro.

É bem verdade que, em princípio, não é de todo mal a tese segundo a qual a Constituição deveria ser enxuta, contemplando apenas as normas referentes a organização e estruturação do poder e definição de direitos. Por isso, é possível identificar, por certo, um lado positivo nela. É que, ao positivar vários assuntos no texto de uma constituição rígida, especialmente interesses corporativos, tais matérias ficam excluídas das deliberações parlamentares ordinárias, só podendo ser modificadas por uma maioria qualificada (três quintos do membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional). “Desconstitucionalizando-os”, os assuntos ou interesses que integram a pauta da política ordinária poderiam ser alterados de acordo com as pretensões das

10 - SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p.29. Ainda, para o autor, seja Constituição ou Lei Constitucional, sob o aspecto formal não haverá diferença: Constitución y ley constitucionais recibirán, según esto, El mismo trato. Así, cada ley constitucional puede aparecer como Constitución”.

11 - Também não se pode desconsiderar que a definição do que seria “matéria” de constituição é, por certo, uma tarefa permeada por ideologias políticas que, quando assumem a forma de PEC’s, transformam-se em ideologias político partidárias que são somadas a programas de governo. Não é por outro motivo que os candidatos a Presidente da República contemplam, em plataforma de campanha, um curioso item: as reformas constitucionais. Ou seja, são eleitos também pela promessa do chamado reformismo constitucional.

12 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 40.

13 - Apud SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 40.

maiorias que representam as forças políticas e sociais de cada momento. Nessa medida, a “constitucionalização” sem limites representa uma restrição injustificada ao princípio majoritário.

Uma segunda conseqüência deste fenômeno é que, estando tudo no texto constitucional, suas alterações são mais freqüentes, o que conduz à banalização da própria Constituição. Esse aspecto foi detectado por Konrad Hesse que, ao discorrer sobre os pressupostos para a força normativa da Constituição, sustentou que esta deve se limitar a alguns poucos princípios fundamentais, de modo que a “constitucionalização” de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição”¹⁴.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que, em face da estabilidade política, social e econômica adquirida em pouco mais de vinte anos de vigência da Lei Maior, é possível e conveniente excluir do texto constitucional alguns assuntos que não guardam relação direta com a organização dos poderes, o regime político, a organização do Estado e os direitos e garantias fundamentais. É preciso deixar claro que a “desconstitucionalização” que ora se defende está voltada apenas para a diminuição dos “excessos constitucionais”, não se abonando qualquer tentativa que represente um retrocesso em relação aos direitos e liberdades conquistados historicamente.

Apesar disso, cabe apontar que a PEC ora discutida, sob o pretexto de realizar uma simples “desconstitucionalização”, oxigenando as maiorias ordinárias, vai muito além do anunciado.

4.0 Constituição sintética e jurisdição constitucional.

O autor da PEC em exame assevera que uma constituição mais enxuta diminuiria o campo de atuação da jurisdição constitucional, talvez para afastar aquilo que, em miúdos, afirma-se por aqui e acolá: a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é.

Do ponto de vista político, é nítida a intenção do parlamentar: a redução do âmbito de atuação da Jurisdição Constitucional funciona como elemento de resgate da

legitimidade do Poder Legislativo, já que, com uma constituição enxuta, o STF não teria tanto espaço para interpretar e, conseqüentemente, haveria uma redução da chamada judicialização da política. Com isso, o Legislativo seria realçado no plano nacional como o verdadeiro formulador das normas e de políticas públicas, sem disputar espaço com um Supremo Tribunal que está cada dia mais ativista. Na prática, trata-se de uma proposta de emenda que denuncia uma tensão velada entre Legislativo e Judiciário.

Impende destacar, todavia, que o fortalecimento da Jurisdição Constitucional independe da extensão de uma constituição. A expansão do espectro de atuação das Cortes Constitucionais foi um fenômeno sem fronteiras após a segunda grande guerra.

Sobre o assunto, ressalta Luis Roberto Barroso assinala que a expansão da Jurisdição Constitucional é um dos marcos teóricos elementos caracterizadores do chamado “neoconstitucionalismo”. De acordo com o autor,

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.¹⁵

14 - *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991, p. 21. Neste sentido, cf. SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, 132.

15 - BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 set. 2009, p. 1. Ainda, na mesma página, para o autor, a expansão da jurisdição constitucional “se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No flu-

Assim, querer estabelecer um paralelo entre o tamanho do texto constitucional e o papel da Jurisdição Constitucional no país é, evidentemente, um equívoco, para não dizer uma ingenuidade. Basta ver o exemplo da Constituição estadunidense que, como se sabe, ainda vigora desde 1787. Falar que os Estados Unidos apenas tiveram uma Constituição é não compreender a relação existente entre texto e norma. Seria mais correto afirmar que eles – os Estados Unidos – apenas tiveram um só texto constitucional - o de 1787. Porém, esse mesmo texto foi objeto de interpretação diversa ao longo dos séculos, dando a idéia que, de fato, existiram várias Constituições (várias normas constitucionais, um só texto constitucional).

Não é por outro motivo que a idéia de mutação constitucional se demonstrou deveras presente no direito constitucional norte-americano. Por vezes, uma só cláusula constitucional teve interpretação diversa ao longo dos anos, e, muitas vezes, interpretações absolutamente antagônicas. Isso aconteceu com a cláusula dos poderes implícitos para a União (na repartição de competências federativas com base na cláusula de comércio interestadual¹⁶), bem na questão alusiva ao “separados, porém iguais (célebre caso, julgado pela Suprema Corte estadunidense, *Brown v. Board of Education*).

Outrossim, não se pode olvidar que o próprio Kelsen, considerado por muitos o pai da Jurisdição Constitucional, admitia que uma constituição com preceitos vagos e imprecisos contribuiria para um fortalecimento insuportável do Tribunal Constitucional, pois este poderia sobrepor suas posições políticas e morais àquelas definidas pelo legislador, o que seria anti-democrático¹⁷.

Por tudo isso, a princípio, uma constituição enxuta pode promover o efeito inverso do pretendido pela PEC, isto é, viabilizar um ativismo maior e com controles menos rígidos. Além disso, considerando que a constitucionalização (irradiação) se refere a princípios e direitos fundamentais, a retirada de temas não-constitucionais não teria o condão de paralisar essa tendência do Judiciário, qual seja, de aplicar diretamente princípios e direitos fundamentais aos casos concretos, pois aqueles preceitos, por serem materialmente constitucionais, continuariam no texto.

Em verdade, a desconstitucionalização de direitos sociais propugnada pela PEC, vem na contra-mão, inclusive, da constitucionalização de direitos humanos previstos em tratados internacionais, quando ratificados pelo quórum das emendas constitucionais (parágrafo 3º. Do art. 5º).

De fato, ao contrário de reduzir o texto constitucional, o que fez o legislador constituinte derivado foi aumentar as possibilidades de um texto mais analítico do que sintético. É que a Emenda Constitucional nº 45 (a chamada emenda da Reforma do Judiciário) previu que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuiriam o mesmo status de emenda constitucional, caso fossem submetido a processo legislativo equivalente ao das emendas. Assim, todos os tratados que se enquadrarem em tais requisitos, passam a aumentar o bloco de constitucionalidade da Constituição brasileira.

Atualmente, há apenas um único caso em que isso ocorreu: trata-se do decreto legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, que aprovou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. O Decreto executivo 6.949/2009. Tal convenção contempla 50 artigos acordados, e 18 artigos facultativos. Como o decreto legislativo foi aprovado pelo rito das emendas constitucionais, todos esses artigos gozam de status de norma constitucional.

xo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de judicial review. O caso francês será objeto de menção à parte”

16 - Vide SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*, p. 28 e 36. Vide também a virada hermenêutica protagonizada pela *Rhenquist Court* no caso *United States v. Lopez*. Nesse caso, foi julgada inconstitucional uma lei federal (o “Gun-Free School Zones Act of 1990”) que proibia a posse de arma de fogo dentro ou próximo a escolas: “O estudante Alfonso Lopez Jr. teria sido incurso em referido Ato por portar arma de fogo, mas entendeu a Suprema Corte que “the Act exceeds Congress’ Commerce Clause”, porque era, na verdade, um estatuto penal (matéria tipicamente estadual nos EUA), não guardando relação com comércio ou qualquer tipo de empreendimento econômico”. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 54.

17 - KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 160-170.

Assim, a Constituição brasileira não contém apenas as normas oriundas do poder constituinte originário e nem aquelas outras lá inseridas por meio de PEC's. Para muito além dos artigos de seu texto, mais aqueles do ADCT, há outras tantas normas que, atualmente, fazem parte de nossa Constituição, mas que não estão inseridas no documento: são as normas da aludida convenção (mais 68 artigos). A constituição brasileira, como se vê, é cada vez mais analítica, e não sintética. Em relação a tais normas, não é demais destacar que o Supremo Tribunal Federal terá, em face a elas, a mesma função de “guardião” que exerce em relação às demais normas constitucionais, de acordo com o art. 102 da CF/88.

Assim, a “desconstitucionalização” proposta pela PEC em exame não irá transformar a Constituição brasileira em um texto sintético, tendo em vista que há uma porta aberta deixada pelo parágrafo 3º do art. 5º, que permite a ampliação cada vez maior do bloco de constitucionalidade brasileiro.

5.0 O golpe pela PEC 341/09.

As reformas constitucionais, como se sabe, servem para ajustar os textos constitucionais às novas demandas do presente, seja no campo político, social ou econômico. É a via adequada para se evitar que a Carta Política se torne um documento obsoleto e ultrapassado historicamente. Dessa maneira, o procedimento de reforma atinge o desiderato de concretizar o equilíbrio entre a estabilidade constitucional e a necessidade de mudança, inevitável diante da dinâmica social. Porém, não é legítimo que o Poder Legislativo se utilize do mecanismo de reforma para realizar profundas incisões no regime constitucional, a ponto de, na prática, fazer surgir um novo regime político.

Diante dessas considerações, é de relevo destacar algumas disposições que fazem parte da PEC 341/09, o que evidencia que ela vai além de uma mera “desconstitucionalização” de temas não-constitucionais.

a) Direitos sociais dos trabalhadores

Em seu art. 7º, a PEC exclui todos os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais com o seguinte

enunciado: “Lei disporá sobre a garantia dos trabalhadores.”. A princípio, poder-se-ia alegar a favor da proposta que os direitos sociais não compõem o rol das cláusulas pétreas constantes do art. 60, §4º, uma vez que apenas estão protegidos os direitos e garantias individuais, e não os sociais, tema este ainda objeto de intensas controvérsias doutrinárias¹⁸. Mesmo assim, a exclusão dos direitos sociais revela uma forte contradição com o que foi alegado pelo autor da PEC, já que este propugna por uma constituição sintética que identifica a “estrutura de poder e seu exercício, de um lado, e, de outro, o pleno desenvolvimento dos direitos humanos”.

Ora, a positivação dos direitos sociais, tanto no plano internacional, através de tratados e convenções, quanto nas Constituições, deve ser encarada como um avanço civilizatório fruto de diversas reivindicações de grupos sociais marginalizados e movimentos de trabalhadores, que tomaram corpo a partir do séc. XIX¹⁹. Mesmo na Alemanha, em que a Lei Fundamental (1949) não incluiu os direitos sociais em seu texto, não se recusa o ideário subjacente a favor da tutela dos direitos sociais²⁰. Foram, portanto, exigências de justiça social e igualdade material que levaram ao coroamento desses direitos nos sistemas jurídicos de diversos países, atenuando a ideologia liberal apenas a favor dos direitos civis e políticos.

Além disso, no estágio atual, compreendem-se os direitos fundamentais como um todo incindível, o que impede o seu fracionamento como se formassem grupos distintos uns dos outros, reconhecendo-se, ao contrário, uma concepção de direitos fundamentais que prima pela sua *indivisibilidade*.²¹

18 - Defendendo uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, no sentido de que apenas os direitos fundamentais individuais não podem ser atingidos por reformas, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.55. Em sentido contrário, SARLET, Ingo Wolfgang. “A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333 e ss.

19 - PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Direitos humanos, Estado de Direito y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos 1999, pp. 120 e ss.

20 - KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 48.

21 - PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.13; LIMA JR; Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos, sociais, econômicos e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 77

Outrossim, ao cuidar do direito de greve, firmou que este “não pode ser exercido contra ordem jurídica e institucional (sic), ficando a greve sujeita a limites implícitos (sic) na Constituição que a sustenta.”. Observe-se que, aqui, a PEC não cuidou de “desconstitucionalizar” o direito de greve, mas sim de incluir limites a esse direito que não existiam na atual Constituição. Dado o caráter extremamente vago dos limites propostos ao direito de greve, qualquer argumento poderia ser invocado para impedir e restringir, injustificadamente, o exercício desse direito, o que acaba assumindo um tom autoritário do referido enunciado.

Portanto, não se vislumbra nenhuma vantagem em excluir o catálogo de direitos sociais dos trabalhadores da Constituição, nem se constata avanço em submeter o direito de greve dos trabalhadores a limites incertos. Logo, nesse ponto a PEC representa um inegável retrocesso social e uma grave incoerência por parte do autor da proposta.

b) Mandato do Presidente da República e Governador de Estado e a reeleição.

Ela estabelece que “O Presidente da República, os Governadores de Estado, terão mandatos de 5 (cinco) anos, proibida reeleição futura.” (art. 12, §5º). Dessa vez, a PEC aumenta o tempo do mandato de 04 para 05 anos e proíbe qualquer possibilidade de reeleição, seja para um mandato subsequente, seja para qualquer outro no futuro. Dessa maneira, extingue a possibilidade de reeleição para um período subsequente, revogando o preceito do 14, §5º, CF, que dispõe em sentido diverso.

Não se está discutindo a conveniência de acabar com instituto da reeleição, nem o motivo pelo qual se alarga o mandato do Chefe do Poder Executivo. O que se deve destacar, uma vez mais, é que a PEC altera a Constituição Federal em uma parte que sequer foi posto ao debate público de forma adequada. Sob o pretexto de “enxugar” a Constituição, deixando à sua disciplina apenas a organização política do Estado e os direitos e garantias fundamentais, ela afeta diretamente o regime político, haja vista mudar a duração do mandato e dispor sobre reeleições. Logo, ela se desvia de seu propósito “desconstitucionalizante” ao alterar as regras cons-

titucionais que afetam jogo democrático nas eleições para Presidente da República e Governador de Estado, silenciando, curiosamente, sobre os Prefeitos.

c) Direitos políticos: inelegibilidade e cassação.

No que diz respeito aos direitos políticos, a PEC n. 341/09 traz inovações que merecem um olhar cauteloso. Com efeito, é de conhecimento público que o STF decidiu que uma condenação não transitada em julgado não impede a candidatura de alguém a cargo eletivo, em razão da incidência do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e por ser assegurado a qualquer pessoa, nos casos de medidas restritivas de direitos, o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF)²². Com essa interpretação, a Corte Suprema não acolheu a pretensão dos que almejavam excluir do pleito eleitoral aqueles que tivessem “ficha-suja” perante o Judiciário brasileiro, ou seja, os que já tivessem sido condenados, ainda que em 1ª instância.

Apesar de ser um tema controvertido, o deputado Régis Fernandes de Oliveira achou por bem “constitucionalizar” essa hipótese de inelegibilidade. É o que consta no § 10, do art. 12, da PEC 341/09: “Condenação criminal ou civil em primeiro grau de jurisdição implicará indeferimento do pedido de registro de candidatura”.

Como se nota, também no presente caso o parlamentar não se restringiu a retirar da Constituição assuntos que não sejam materialmente constitucionais. Introduziu exatamente aquela hipótese de inelegibilidade sobre a qual STF se pronunciara pela sua incompatibilidade com o sistema de direitos e garantias fundamentais da nossa Constituição, o que levanta dúvidas sobre a ofensa às cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, CF).

Porém, mais perigosa se revela o art. 13 da referida PEC. Por este dispositivo, “a lei disporá sobre a cassação de direitos políticos”. Não custa lembrar que vários brasileiros tiveram seus direitos políticos cassados no auge do regime militar, tendo que se exilar no exterior. Por essa razão, a “Constituição-cidadã”, aos resgatar os valores democráticos, veda, peremptoriamente, a cassação dos direitos políticos (art. 15, CF). Nesse contexto, a proposta do parlamentar em questão sinaliza para a resurreição do instituto da cassação, indo na contramão

22 - ADPF n. 144/DF, rel. Min. Celso de Mello, 6.8.2008.

da ideologia constitucional assentada na preservação de direitos inerentes à cidadania e à participação política do povo na formação da vontade estatal. Está claro, então, que esta proposta suscita incertezas quanto a sua compatibilidade com as cláusulas pétreas.

d) O federalismo.

No que pertine ao federalismo brasileiro, a mudança é radical. Ao dispor sobre as competências entre os entes federados, a PEC 341 estabelece:

Art. 20. Compete à União: legislar sobre:

- a) requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra, b) águas, energia e comunicações, c) sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais, d) jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia e) nacionalidade, cidadania e naturalização, f) migração de estrangeiros, g) normas gerais de organização, efetivos, material bélico, h) serviços de instalação nuclear.

Art. 21. O mais será de competência dos Estados que respeitarão os interesses locais dos Municípios.”.

Teoricamente, a repartição de competências no direito constitucional brasileiro seguiu o mesmo caminho do constitucionalismo americano, ou seja, são enumeradas as competências da União, deixando as demais, ditas remanescentes, para os Estados-membros. De igual modo, no regime brasileiro foram elencadas expressamente as competências da União e, de modo indicativo, as competências municipais (através, em especial, da cláusula geral do “interesse local”), deixando aos Estados-membros aquelas matérias que não fossem nem de competência federal, nem de competência municipal.

Ocorre que, no caso do Brasil, o federalismo é caracterizado pela hipertrofia da União, em detrimento dos Estados e Municípios. Assim, embora se utilize a técnica da enumeração das competências federais, estas são tantas que pouco fica à disposição dos Estados-membros. Daí, por exemplo, o extenso rol do art. 22, da CF, que fixa as matérias de competência privativa da União²³.

Pois bem, de acordo com a proposta em comento, vê-se claramente que se pretende diminuir as competências da União, alargando, em conseqüência, as competências dos Estados e Municípios. Ainda que a centralização de poderes na órbita federal seja a causa de graves problemas no federalismo brasileiro, intentasse, com isso, apenas comprovar que a PEC atinge um dos pilares da Constituição, que é a forma federativa de Estado, alterando, de forma incisiva, o desenho institucional traçado pela Carta de 88. E, como tal, afetando a forma federativa, restaria maculada a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, da CF/88.

g) Poder Legislativo.

Pela proposta o Congresso Nacional deixaria de ser um órgão bicameral. O Poder Legislativo, diz o art. 28, da PEC, é exercido pela “Casa de Representação Popular composta de parlamentares, eleitos por voto direto e secreto, um, ao menos para cada Estado e na proporção de um parlamentar para cada quinhentos mil eleitores. A alteração dar-se á pelos dados oficiais do país.”.

Com isso, o parlamentar buscar quebrar uma tradição política em se organizar o poder legislativo nacional de acordo com o modelo bicameral, cabendo à Câmara dos Deputados a representação do povo, ao

23 - Nesse elenco, encontra-se a possibilidade de legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; desapropriação; requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; serviço postal; sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; comércio exterior e interestadual; diretrizes da política nacional de transportes; regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; trânsito e transporte; jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; nacionalidade, cidadania e naturalização; populações indígenas; emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes; sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; sistemas de consórcios e sorteios; normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; seguridade social; diretrizes e bases da educação nacional; registros públicos; atividades nucleares de qualquer natureza; normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; propaganda comercial.

passo que ao Senado Federal competiria a representação dos Estados-membros.

Poder-se-ia argumentar que a proposta viola a cláusula pétrea que protege a forma federativa de Estado, na medida em que extingue o Senado Federal, cuja missão constitucional é a representação dos Estados-membros. Por outro lado, também seria possível sustentar que o pacto federativo foi preservado já que o novo órgão legislativo contemplaria representantes dos Estados. Porém, difícil sustentar que essa proposta mantém intacto o postulado da separação dos poderes, ao modificar significativamente a estrutura do Congresso Nacional e a forma de eleição de seus membros.

Ainda com relação à estrutura do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União, que auxilia o Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, passa a compor os quadros do Poder Judiciário²⁴, deslocando, portanto, aquele órgão de uma esfera de Poder para outra. Em relação à atuação do Poder Legislativo como poder reformador, prevê-se a possibilidade de superar as próprias cláusulas pétreas. É o que consta no art. 32, parágrafo 5º, da PEC: “Diante de circunstâncias excepcionais de alteração da realidade brasileira, em qualquer aspecto, a Casa de Representação Popular poderá alterar cláusula pétrea, mediante aprovação de quatro quintos de seus membros”. Trata-se, a nosso sentir, de permissão perigosa, a contribuir a instabilidade do regime constitucional.

1) Composição do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, como se sabe, o recrutamento de membros para a Corte Suprema é realizado de maneira política, havendo a indicação de um nome pelo Presidente da República e sua posterior confirmação (ou rejeição) pelo Senado Federal em sabatinas públicas. Nesse ponto, o modelo brasileiro seguiu inteiramente o modelo de indicação dos membros da Suprema Corte norte-americana. A participação de órgãos políticos é uma característica presente em diversos países a respeito da indicação de pessoas para Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas²⁵.

De um lado, esse modelo tem a vantagem de propiciar o pluralismo ideológico na composição da Cor-

te, haja vista que não apenas integrantes da magistratura nacional podem chegar até ela, mas também juristas ligados a outras instituições e carreiras como promotores, procuradores, advogados, professores e defensores públicos. Por outro lado, é comum a alegação do comprometimento da independência da Corte, supondo que alguns de seus integrantes sempre decidiriam as questões de acordo com os interesses do Presidente da República que os indicou. Esse fato poderia conduzir a uma “politização” do STF²⁶.

Uma vez escolhidos, os membros do Tribunal adquirem a garantia da vitaliciedade, apenas deixando o cargo nos casos de condenação criminal transitada em julgado, *impeachment*, renúncia ou na hipótese de aposentadoria, sendo esta obrigatória aos setenta anos de idade. Com isso, a Constituição brasileira não fixou mandatos fixos para os membros da Corte, o que poderia assegurar uma maior abertura a mudanças na sua orientação interpretativa, isto é, uma certa “oxigenação” que viabilizasse a transformação da jurisprudência constitucional diante de novas exigências sociais, políticas ou econômicas²⁷.

24 - “Art. 40. O controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial do poder público será efetuado por sistemas internos previstos em lei e pelo Conselho de Contas, cuja estrutura e disciplina serão previstas em lei complementar.

Parágrafo único. Os Conselhos integram a estrutura do Poder Judiciário, em câmaras especializadas, na forma da lei.”

25 - Cf. FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Maria da Silva. São Paulo: Landy, 2004, pp. 18; e TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 377.

26 - Observando esse mesmo problema, só que no contexto norte-americano, Robert Barker mostra alguns casos em que os juízes da Suprema Corte decidiram contra o Presidente que os indicou: “Por exemplo, em 1902, o presidente Theodore Roosevelt indicou Oliver Wendell Holmes Jr. para a Suprema Corte. Menos de dois anos depois, num caso antitruste de importância significativa ao programa de Roosevelt, Holmes votou contra o presidente. Em 1952, quando o embargo do presidente Truman às principais siderúrgicas do país foi contestado com base na Constituição, a decisão da Suprema Corte, em votação de 6 para 3, foi desfavorável ao presidente. Dos quatro juízes nomeados pelo próprio Truman, dois votaram contra ele. Earl Warren, nomeado presidente da corte pelo presidente Eisenhower, por tantas vezes deu voto contrário à posição de Eisenhower que o presidente, ao deixar o cargo, se referiu à nomeação de Warren como ‘o pior e o mais estúpido erro que cometi como presidente’. Em 1974, no caso Estados Unidos vs. Nixon - envolvendo a recusa do presidente Nixon de entregar, quando intimado, as fitas gravadas da Casa Branca, sob alegação de prerrogativa do Executivo – três dos quatro juízes que haviam sido nomeados por Nixon votaram contra ele, e o quarto se absteve de votar.” (BARKER, Robert S. “Eu juro”: uma perspectiva histórica da indicação, aprovação e nomeação de juízes à Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/barker.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2006.)

27 - No caso dos Tribunais Constitucionais alemão, italiano, espanhol e português, os mandatos são fixos, tendo a seguinte duração, respectivamente: 12 anos; 09 anos; 09 anos; 06 anos. (cf. FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Maria da Silva. São Paulo: Landy, 2004, pp. 18 e ss.). A Constituição norte-americana (art. 3, seção 1) permite que os juízes da Suprema Corte nela permaneçam enquanto possuírem boa conduta (*good behavior*), o que, na prática, conduz a longos períodos de atuação por tais integrantes.

A PEC 341 muda as regras de composição do STF. Dessa maneira, os membros do Tribunal passam a ter mandatos fixos, extinguindo a vitaliciedade, e o Presidente deixar de ter o monopólio na escolha dos membros.

Art. 50. O Poder Judiciário é constituído do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais previstos em lei complementar, com competência e disciplina nesta estabelecidas.

Os membros do Supremo Tribunal Federal terão mandato de nove (9) anos e serão indicados para nomeação do Presidente da República, três pela magistratura, em eleição livre, um pelo Ministério Público, mediante votação, um pela Ordem dos Advogados do Brasil, mediante eleição por todos seus membros, dois pela Casa de Representação Popular e dois pelo Presidente da República.

Todos serão sabatinados pelo Senado Federal, em sessão pública e questionados, exaustivamente sobre temas jurídicos e atuais, para que se afira seu passado e seu comportamento público.

Corroborar-se, com isso, a tentativa de ultrapassar a linha de uma simples retirada de excessos de Constituição, uma vez que interfere na organização da mais alta Corte do país.

6. o Conclusão.

Pelo que se expôs, a PEC n. 341/09 não se limita a uma simples “desconstitucionalização”. Trata-se, a rigor, de uma nova Constituição, com inovações substanciais na organização do Estado, na organização dos Poderes, além de promover um grave retrocesso em termos de garantias dos direitos fundamentais sociais e políticos. Sustentar que referida PEC não representa uma ruptura com a ordem constitucional de 1988 equivale a defender, *mutatis mutandis*, que EC n.01/ 69 não configurou uma nova Constituição em relação à Carta de 1967.

Deve-se lembrar que a Carta de 1988 viabilizou um largo período de estabilidade política no país. Por isso mesmo, a sua substituição por uma nova Carta, se necessário for, por considerá-la caduca, deve passar por um debate público, manifestando-se, livremente, os di-

versos segmentos sociais, partidos políticos e meios de comunicação de um modo geral sobre a verdadeira necessidade de se implantar as propostas defendidas pelo parlamentar Régis Fernandes de Oliveira. Do contrário, tem-se implantado um golpe inconstitucional.

7.0 Referências bibliográficas.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARKER, Robert S. “Eu juro”: uma perspectiva histórica da indicação, aprovação e nomeação de juízes à Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/barker.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª ed. Brasília: OAB Editora, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONELL, Miguel. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. 2003, pp. 49-75.

- KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- LEITE, Glauber Salomão. "O novo Direito Civil, oriundo da constitucionalização do direito privado". In: LEITE, Glauber Salomão; LEITE, George Salomão (coords). *A constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 91-98.
- LIMA JR; Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos, sociais, econômicos e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 4. reimpr. Madrid: Ariel, 1995.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. "A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 333-394.
- SARMENTO, Daniel. "Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 113-148.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*, Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.



As denominadas Sentenças Paradigmas¹

Por Prof. Dr. Ivo Dantas

Professor Titular (antigo Catedrático) da Faculdade de Direito do Recife - UFPE, Doutor em Direito Constitucional - UFMG, Livre Docente em Direito Constitucional - UERJ, Livre Docente em Teoria do Estado - UFPE, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas, Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado, Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas, Miembro del Instituto IberoAmericano de Derecho Constitucional México), Miembro del Consejo Asesor del Anuario IberoAmericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos, Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco, Membro do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas, Professor Orientador Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme aprovação do Colegiado, em 31 de maio de 2001, Juiz Federal do Trabalho - (aposentado), Advogado e Parecerista.

Sumário

1. Advertência inicial. Objetivos. 2. Dos Princípios Constitucionais e a Lei. 3. A OAB e a ADIn 3.695-5/DF. 4. A linguagem da Lei. 5. As sentenças paradigmáticas ou os processos repetitivos: Constitucionais ou Inconstitucionais? 6. As sentenças paradigmáticas ou os processos repetitivos e a Teoria do Processo

“Os estudos constitucionais sobre o processo civil podem ser apontados (...), como um dos característicos mais salientes da atual fase científica do Direito Processual Civil. Não só a aproximação do Direito Processual Penal para isso contribuiu, como também a

irrupção do totalitarismo na esfera processual, com tentativas frustradas de substituir o processo por métodos autoritários e soluções administrativas, provocaram, como reação natural, essa nova diretriz doutrinária” (JOSÉ FREDERICO MARQUES²)

1 - Este texto é parte do capítulo intitulado Conteúdo Ideológico do Sistema Processual (Civil e Penal) Brasileiro visto pelos Princípios Constitucionais Processuais, a constar da 3ª edição revista, aumentada e atualizada do livro Constituição & Processo (Curitiba: Juruá Editora, 2009, no prelo).

2 - Ensaio sobre a jurisdição voluntária. Campinas: Millenium, 2000, p. 5-6. Destaques nossos. Veja-se CASSIO SCARPINELLA BUENO, O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil: Um paradigma necessário de estudo do Direito Processual Civil e algumas de suas aplicações, in FERNANDO GONZAGA JAYME, JULIANA CORDEIRO DE FARIA e MAIRA TERRA LAUAR (Org.), Processo Civil: Novas tendências. Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 157-166.

1. Advertência inicial. Objetivos

O texto trazido à colação na forma de epígrafe, de autoria do Mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES, bem demonstra a nossa preocupação neste estudo, ou seja, estamos preocupados com a denominada *crise da justiça* e a demora da *prestação jurisdicional*, e as soluções que têm sido introduzidas em nosso sistema jurídico com a finalidade de tornar real o comando constitucional, segundo o qual “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*” (CF/88, art. 5º, LXXVIII).

É claro que todos concordamos com o que está prometido, a ponto de pensarmos que o seu conteúdo deveria vir acrescentado ao *caput* do art. 5º, exatamente por pensarmos que os direitos assegurados, quando não reconhecidos livremente pelo Estado e/ou pelos particulares, permitem *acesso ao Judiciário não só quando há lesão, mas quando ocorra simples ameaça* (inciso XXXV), garantindo, por outro lado, a *razoável duração do processo*.

Vamos além: o devido processo legal e a garantia de amplo acesso ao Judiciário de nada valerão se não houver uma resposta (não só) rápida, e que se torne eficaz através de comandos à disposição do Judiciário para agir inclusive contra o próprio Estado, aqui representado pelo exercício de seu poder através de qualquer de suas funções – Legislativa, Executiva e Judiciária.

Este quadro, no entanto, não nos permite que passemos por cima de garantias constitucionais, a ponto de ser proclamada “a compreensão, em mudança de comportamento, de toda a comunidade jurídica, dentre Advogados, Juízes e membros do Ministério Público”, pois “somente através da mudança da mentalidade dos aplicadores do direito – juízes/promotores/advogados, poder-se-á dar maior efetividade ao dispositivo legal em comento, não se desconhecendo que toda e qualquer mudança implica em alteração do status quo e somente pode gerar resultados positivos se as partes estiverem cientes dos ganhos e eventuais restrições que podem ser impostas visando sempre a melhor, mais célere e efetiva prestação jurisdicional”³.

Ora, contra estas “restrições” é que nos manifestamos, pois se a Constituição não restringiu, não caberá à Lei fazê-lo, mesmo que seja de forma eventual e sob os mais nobres motivos e justificativas.

Dito isto, cabe informar que nosso objetivo neste trabalho se desdobrará em duas direções:

a) – apontaremos o conteúdo da Lei dissecando-o e cotejando-o com os princípios constitucionais que informam o ordenamento nacional como um todo;

b) – sublinharemos as imperfeições contidas no seu texto, para tanto considerando-se a Teoria Geral do Processo.

2. Dos Princípios Constitucionais e a Lei

Por demais sabida é a afirmativa de que nenhum dos princípios constitucionais que dão o conteúdo ideológico ao sistema processual, poderia ser estudado de forma isolada. Pois bem, nesta perspectiva de raciocínio, podemos afirmar que embora o **princípio do contraditório ou bilateralidade do processo** esteja expressamente consagrado no texto constitucional de 1988, ele só será corretamente compreendido quando interpretado em consonância com outros diversos momentos do sistema, quer em nível constitucional, quer em nível infraconstitucional.

Com base neste procedimento hermenêutico analisaremos o conteúdo trazido pela Lei nº 11.277 em relação às *Ações Repetitivas* e/ou aquelas sentenças já denominadas de *paradigmas*, apontando seus inconvenientes em razão, sobretudo de sua *inconstitucionalidade* e de sua *ilegalidade*. Se não vejamos...

Partamos do texto constitucional vigente (CF/88) que em seu art. 5º, inciso LV determina:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”.

3 - Cf. TELMA REGINA MAGALHÃES CARVALHO, *Lei n. 11.277 – Julgamento de Ações Repetitivas*, p. 1 e 9. Disponível em: <www.emapi.com.br/formacao_continuada/per/londrina>. Acesso em: 25.01.2009. A autora é Juíza de Direito da Vara Cível da Comarca de Cornélio Procópio, Paraná.

FREDERICO MARQUES em suas Instituições de Direito Processual Civil⁴, embora se referindo ao texto da Constituição de 1946, oferece-nos o seguinte raciocínio: “Se o Estado brasileiro, plasmado sob a forma da legislação democrática, dá a quem afirma ter sofrido lesão individual o direito ao processo, ou direito de agir, para que os órgãos jurisdicionais apliquem à pretensão deduzida em jogo a norma legal adequada; e se “todos são iguais perante a lei”, parece-nos evidente que o direito de defesa é corolário impostergável da norma contida no art. 141, § 4º”.

E adiante, agora amparado em COUTURE, conclui FREDERICO MARQUES que “o direito de defesa é indeclinável consequência do devido processo legal”⁵.

Sobre o tema, é de lembrar-se que PEDRO ARAGONSES ALONSO no substancioso livro Proceso y Derecho Procesal (Concepto, naturaleza, tipos, metodo, fuentes y aplicación del derecho procesal⁶), depois de considerar a *imparcialidade* como *principio supremo del proceso*, não hesita em afirmar que “la imparcialidad⁷ exige la observancia del principio *audiatur et altera pars*”.

E prossegue: “El deber de imparcialidad del órgano decisor exige enterarse de la controversia, lo que supone la audiencia de ambas partes. Como expone WERNER GOLDSCHMIDT en su fundamental monografía, quien no confiere audiencia a ambas partes por este solo hecho ya ha cometido una parcialidad, porque no ha investigado sino la mitad de lo que tenía que indagar”⁸.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, em texto intitulado Anotações sobre o Princípio do Contraditório como um dos fundamentos do Processo Civil Contemporâneo⁹, escreve¹⁰:

“Oportuno observar-se que os institutos fundamentais do processo correspondem à imagem do triângulo que vem representando, ao longo do tempo, a relação processual: petição inicial (ação), jurisdição, defesa (citação). Há quem inclua, nestes fundamentos, o próprio processo, em si mesmo considerado.

Ação, jurisdição, defesa e processo podem conceitualmente ser isolados, para serem estudados, mas na experiência jurídica se encontra indissociavelmente ligados.

Tudo que antes se disse se aplica perfeitamente à *defesa* e ao *princípio do contraditório*”.

Pelo que foi trazido, conclui-se que *assegurado o direito de defesa*, concretiza-se a *bilateralidade do processo* ou, em outras palavras, o *princípio do contraditório* que, no CPC, encontra-se em seu art. 214, nos seguintes termos: “Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu”.

Nos termos do CPC, art. 213, “Citação é o ato pelo qual se chama a Juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”, valendo lembrar que a CLT, em seu art. 841, prescreve: “recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou chefe de secretaria, dentro de 48 horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o, ao mesmo tempo, para comparecer à audiência de julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de cinco dias”. No CPP a matéria se encontra nos arts. 351 a 369.

Note-se que no processo trabalhista, por impropriedade terminológica, a legislação denomina de “notificação” o que é em verdade, “citação”, a qual, se inexistente ou portadora de vícios e não suprida, invalida o processo, quer seja ele civil, trabalhista, penal, etc...

Esclareçam-se, por fim, dois pontos:

1) - o fato de o CPC permitir liminares em ações especiais e em alguns provimentos cautelares *inaudita altera parte* antes da citação do demandado, além da concessão de *Tutela Antecipada*, como diz HUMBERTO THEODORO JUNIOR, “não chega a diminuir a importância do princípio fundamental do processo moderno nem

4 - 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, vol II, p. 95.

5 - Idem, p. 95.

6 - Madrid: Editora Aguillar, 1960, p. 91.

7 - Aponta-se muito na inexistência de uma Imparcialidade do Magistrado em relação ao processo, pelo que indicamos ARTUR CÉSAR DE SOUZA, A Parcialidade Positiva do Juiz. São Paulo: Editora RT, 2008; JOSÉ RENATO SILVA MARTINS, O Dogma da Neutralidade Judicial. Sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007; FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO, A Parcialidade dos Juizes. Campinas: Edicamp, 2002; GEOVANY CARDOSO JEVEAUX, A Simbologia da Imparcialidade do Juiz. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999; RUI PORTANOVA, Motivações Ideológicas da Sentença. 4ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Veja-se item 1 deste capítulo.

8 - ob. cit. p. 92.

9 - In REGÉRIO DONNINI e ROQUE ANTÔNIO CARAZZA (Coord.), *Academia Paulista de Direito. Temas Atuais de Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 371.

10 - Ob. cit. p. 372-373.

exclui sua incidência nos próprios feitos em que se tomam as providências extraordinárias”¹¹.

Aliás, neste sentido, cabe lembrar que a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências” admite providências aparentemente extremadas, tais como a indisponibilidade de bens, o afastamento liminar do cargo¹² e o seqüestro, sem que elas impliquem na quebra do Contraditório ou Bilateralidade do Processo;

2) - a aplicação das penas de revelia e confissão ficta previstas no CPC (art. 319) e na CLT (art. 844) não implicam na quebra da bilateralidade do processo ou princípio do contraditório, pois a oportunidade para sua concretização foi oferecida ao demandado que, no entanto, optou pelo não atendimento da Justiça, a qual, evidentemente, em nome do interesse público que norteia o processo, não poderá ficar à mercê dos caprichos de quem quer que seja.

Neste instante, apontemos o inteiro teor da Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006 (com vigência após 90 dias de sua publicação), que acrescentou ao Código de Processo Civil o art. 285-A, nos seguintes termos:

“Art. 285-A - Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º - Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º - Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

3. A OAB e a ADIn 3.695-5/DF

Ainda antes de a Lei nº 11.277, de 07/02/2006 entrar em vigor, o Conselho Federal da OAB ajuizou no STF Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a re-

ferida lei (ADIn 3.695-5/DF), tendo pedido a suspensão liminarmente “da Lei federal 11.277, de 7 de fevereiro de 2006”, bem como que, “seja declarada ao final, a inconstitucionalidade da íntegra da Lei federal 11.277, de 7 de fevereiro de 2006”.

A petição, datada de 24 de março de 2006, foi assinada pelo então Presidente da OAB (Roberto Antônio Busato) e pelo advogado MARCELO MELLO MARTINS, tendo sido sorteado seu relator o Min. CÉZAR PELUSO, que determinou a oitiva da Procuradoria-Geral da República que emitiu parecer contrário à pretensão da OAB.

No mesmo sentido, se pronunciou a Advocacia Geral, através de informações datadas em 26.04.2006 e assinadas por GRAZIELLA CHAVES PEREIRA (Estagiária da Coordenadoria de Processos Judiciais) e encaminhadas ao Advogado Geral por ANTONIO MARCOS MOUTINHO SOUSA (Diretor da Coordenadoria de Processos Judiciais).

Ditas informações foram aprovadas por ALBERTO CASCAIS (Advogado Geral) na mesma data e encaminhadas “ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional, como sugestão destinada ao atendimento da solicitação contida no Ofício nº 1745/R de 11 de abril de 2006, do Senhor Ministro Cezar Peluso, Relator da ADI nº 3695”.

Não é muito difícil prever que a ação não terá sucesso junto STF, até porque, seu conteúdo marcha na direção de “desafogar o Judiciário”, bandeira maior da Suprema Corte na atual Política Judiciária em vigor.

4. A linguagem da Lei

Como em tantos outros momentos do sistema jurídico nacional, também no *caput* do art. 285-A o legislador errou na utilização dos vocábulos ao empregar o adjetivo “idêntico” quando, em uma correta linguagem, deveria ter utilizado “semelhante”, palavra da mesma categoria (adjetivo), isto porque, se entre ambos existe

11 - Artigo citado, p. 183.

12 - *Sobre Afastamento Liminar do cargo*: Responsabilidade Civil - Improbidade administrativa - Prefeito: - Afastamento liminar do cargo, com fundamento no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92 - Medida necessária para a instrução processual - Recurso não provido” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Público, AgI 94.250-5/1-Guarulhos, Rel. Des. JACOBINA RABELLO, jul. 11.2.1999).

uma diferença ou, pelo menos, não há um sentido pacífico na língua portuguesa, por outro o seu emprego estaria mais próximo da realidade que deseja exprimir.

Assim, *idêntico* significa “perfeitamente igual”, enquanto que *semelhante* significa “parecido, conforme, análogo, símile”, tal como ensina o *Dicionário Míni Aurélio*¹³, sendo que a lição dada pelo *Dicionário da Academia Brasileira de Letras*¹⁴ é um pouco mais abrangente: “idêntico: 1. Que é perfeitamente igual; o mesmo que outro; *gêmeos idênticos*. 2. Que é muito parecido; análogo, semelhante: *Algumas paisagens do interior parecem idênticas*”. “Semelhante: 1. Que é parecido; análogo, idêntico: uma cópia semelhante a outra. 2. Que apresenta a mesma qualidade ou natureza; similar: *espécies semelhantes*. 3. O próximo: Devemos respeitar nossos semelhantes. • pron. dem. 4. Tal, este, aquele: *Ele não provocará semelhante cena!* – *semelhar* v. > Conjug. 9.”

Trouxemos os dois conceitos apresentados, para observarmos que, além dos inconvenientes constitucionais e processuais, existem aqueles de natureza vocabular, possibilitando, a rigor, que a decisão proferida possa ser atacada, exatamente, pelo fato de que na vida e no Direito não existem “casos idênticos” (leia-se “iguais”), mas, quando muito, *semelhantes, parecidos*.

Ora, cremos nós que jamais o fato que serve a um pedido judicial será calcado em outro “perfeitamente igual”, pois tal não existe; podendo ser “parecido”, pois *tem diferenças materiais e/ou de fato*, que não dispensam na busca de uma perfeita justiça, que sejam elas perquiridas (tais diferenças), mesmo que à *primeira vista* (e só à primeira vista mesmo), ocorra que “a matéria controvertida seja unicamente de direito”.

Neste caso, em uma aberração jurídica inspirada (com certeza) na busca de dados estatísticos, se “no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

5. As sentenças paradigmas ou os processos repetitivos: Constitucionais ou Inconstitucionais?

Até aqui estivemos na análise lingüística da nor-

ma, faltando as observações de natureza jurídica propriamente dita.

Nesta perspectiva, sua presença no CPC fez com que optemos pela denominação de **Sentenças paradigmas**, as quais, e como já foi dito, apesar de estarem imbuídas da preocupação de oferecerem uma maior *celeridade ao processo judicial*, trazem em si sérias questões que não poderão ser esquecidas em um estudo sob o *enfoque constitucional*, sobretudo porque, em nossa maneira de entender, elas agredem direitos fundamentais do cidadão brasileiro (CF, art. 1º, II).

Começemos, então, indagando se a previsão de tal procedimento é constitucional ou inconstitucional? Enfrentemos o problema sob o ângulo do *método sistêmico*, inserindo a norma e sua análise não de forma isolada, mas dentro do sistema constitucional-processual.

Bem o sabemos que logo surgirão posições baseadas em um argumento, a saber: é constitucional, uma vez que busca efetivar o mandamento do art. 5º, inciso LXXVIII: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Realmente, o comando constitucional que assegura à sociedade uma *razoável duração do processo*, não permitirá que, em seu nome, outras garantias constitucionais sejam comprometidas, razão pela qual se impõe uma pergunta: o comando do art. 285-A inserido no CPC, está de acordo com o *sistema constitucional como um todo*?

Antes de tudo, e ao contrário dos benefícios que aparecem à primeira vista, a norma fere mortalmente os princípios do *amplo acesso ao Judiciário*¹⁵ e do *contraditório*¹⁶, tudo em relação ao réu.

Esta situação pode gerar conclusões equivocadas.

13 - 6ª edição revista e atualizada de acordo com o Acordo Ortográfico, Paraná: Editora Positivo, 2008, p. 459 e 731, respectivamente.

14 - 1ª edição, de acordo com a Nova Ortografia da Língua Portuguesa, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 677 e 1169. Sinais gráficos constantes do original citado.

15 - CF/88, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

16 - CF/88, art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

das, visto que a norma só se aplicará em seu favor (réu), já que, quando o Magistrado utilizar o art. 285-A, só o fará na hipótese de a matéria controvertida ser unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência. Tal significaria, para os defensores da lei, que o réu não teria prejuízo, já que não houve quebra de nenhuma garantia constitucional, uma vez que a decisão imediata do Juiz, o beneficiou, evitando que fosse citado, contratasse advogado e viesse a juízo apresentar defesa.

Puro engano, como será demonstrado, a partir de alguns dados:

a) – houve a **propositura da ação**;

b) – não houve citação do réu, pois de plano a ação foi considerada de **total improcedência**;

c) – o autor (possível prejudicado por ter sua pretensão indeferida) não recorreu, a ação transitou em julgado e o processo foi arquivado;

d) – apesar de tudo isto, **o réu contra quem o autor moveu uma ação, ficou sem saber de nada**, pelo simples fato de que o juiz entendeu totalmente improcedente a pretensão do autor (este, insistiu-se, não recorreu) e a lei determina que só “será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

Tudo parece perfeito. Entretanto, veja-se um exemplo perfeitamente factível e previsível: por evidente *má-fé*, o autor toma conhecimento que o antigo réu mudou de domicílio e residência, foi morar em outra Comarca e propõe nesta a mesma ação¹⁷.

Nova realidade, novas conseqüências. Aqui, como não há ainda a “jurisprudência negativa”, o réu é citado, contesta, apresenta suas provas, mas perde, uma vez que o ponto de vista do Magistrado é diferente daquele outro.

Em nenhum momento o réu invocou a existência de uma *coisa julgada a seu favor, visto que nunca soube da existência da sentença proferida anteriormente em outra comarca a seu favor, e contra o agora autor-vencedor*, exatamente porque, na conformidade do art. 285-

A do CPC, para que ele tomasse conhecimento da ação anterior, seriam necessários dois requisitos, a saber:

1) – que o autor-perdedor recorresse da decisão de primeiro grau – o que não houve;

2) – que, havendo recurso, o juiz mantivesse a sentença e determinasse o prosseguimento da ação, hipótese em que (e só aí) tomaria conhecimento do que vem acontecendo, exatamente porque foi ordenada a sua citação para responder ao recurso.

Por não saber da ação anterior, mais uma garantia constitucional que funcionaria a seu favor (do réu) foi atingida, e sobre a qual não vimos, até o momento em que escrevemos este texto, nenhum autor levanta-la, embora seja de importância superior, visto que se trata de uma garantia constitucional.

Referimo-nos ao flagrante desrespeito ao art. 5º, inciso XXXVI quando prescreve que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*”¹⁸.

Permita o leitor uma sugestão que poderia ser posta em prática pelos Magistrados, que sanaria este problema, na hipótese de não haver recurso e o processo ser encerrado e determinado seu arquivamento.

Referimo-nos a uma possibilidade de o Magistrado determinar a aplicação do art. 219 § 6º do CPC, e, embora não prevista para tal hipótese, lançar-se-ia mão do art. 234 do CPC, **intimando** o réu para que tenha ciência do processo que contra ele foi movido (e julgado improcedente).

Com este comportamento (aí nossa preocupação!) assegurar-se-ia ao réu na demanda, tomar conhecimento da mesma, e em condições de no futuro, invocar o instituto da coisa julgada em outra demanda

17 - Vale lembrar que a distribuição das ações ainda não está informatizada em todas as Comarcas do País, sendo, portanto, bastante provável o exemplo que se apresenta.

18 - Apesar de a CF falar em lei, bem se sabe que uma decisão judicial não poderá modificar outra, salvo nas hipóteses de Ação Rescisória – o que não é caso. Não se espante o leitor por estarmos defendendo a *coisa julgada*, pois somos radicalmente favoráveis à sua existência e intocabilidade, salvo na hipótese de inconstitucionalidade, tal como já estudamos em diversas oportunidades. Ver de nossa autoria, em colaboração com RAFAELLA MARIA CHIAPPETTA DE LACERDA, o livro *Teoria da Inconstitucionalidade. Norma Constitucional Inconstitucional. Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Editora LTr, 2007.

por acaso promovida até mesmo por má fé, tal como ocorreria no exemplo acima apresentado. Esta atitude do Magistrado estaria amparada no próprio conceito de intimação, ou seja, “é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”. Na hipótese, o réu não é chamado para *fazer algo*, mas para *saber o que o Judiciário tem a lhe comunicar*, isto é, que contra ele houve uma ação e ele foi vencedor.

Pensamos até que, por aplicação analógica, tendo o réu comparecido espontaneamente, por ter tomado ciência da ação e/ou da decisão, por meios não oficiais, é de aplicar-se o art. 214 § 1º do CPC. Em qualquer hipótese, ser-lhe-á facultado requerer a expedição de uma *certidão narrativa*, direito este que é assegurado pela Constituição (art. 5º, XXXIV, **b**).

Como se todos estes argumentos não bastassem, mencione-se que a Constituição consagra a cidadania e a dignidade da pessoa humana como seus fundamentos, os quais, neste caso, não foram respeitados em relação ao réu.

6. As sentenças paradigmas ou os processos repetitivos e a Teoria do Processo

Passemos agora à análise do mencionado art. 285-A, à luz de *questões infraconstitucionais*, pelo que, e para facilitar o raciocínio, repitamos o conteúdo da norma processual em discussão:

“Art. 285-A - Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º - Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º - Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

Lúcida a lição de LENIO LUIZ STRECK e MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA em artigo intitula-

do (Mais um passo atrás no direito brasileiro. Quem vai cuidar do guarda-esquina?)¹⁹: “De pronto, cabe indagar: como falar em ‘matéria controvertida’ se não há controvérsia antes da citação do réu? O que é matéria unicamente de direito, que dispensa levar a sério o caso concreto? O que são hermeneuticamente ‘casos idênticos’? Pois, do ponto de vista jurídico-processual, caso idêntico só ocorreria se as partes fossem as mesmas, o pedido e a causa de pedir fossem os mesmos.

Ou seja, se estivéssemos diante do mesmo caso já submetido à apreciação do Judiciário e não somente daquele juízo. Então, estaríamos diante de litispendência ou de coisa julgada! Santo Ivo protetor dos advogados! Pois em outra hipótese não há caso idêntico!! Pois um caso só é idêntico a si mesmo!! Não há como sustentar aqui nem sequer uma suposta introdução da exigência de o juiz seguir os seus próprios precedentes, pois o dispositivo diz ‘poderá’, e não ‘deverá’

Mesmo que o juiz fosse, e juridicamente é, obrigado a ser coerente ao julgar, no sentido do que Dworkin chamaria de integridade, ele, juiz, não pode passar por cima do contraditório e da ampla defesa, não pode se substituir ao réu, dispensando citação, decidindo sem ouvir sequer o suposto beneficiário da sua decisão! Juiz não é parte! Isso é antidemocrático, ilegítimo e arbitrário.

Mais do que isso, é reforçar o positivismo jurídico em tempos de neoconstitucionalismo, na medida em que desindexa da apreciação judicial o mundo prático, a fatiabilidade. Ainda que se abra a possibilidade de apelação da sentença, não se justifica um ‘contraditório a posteriori’, um ‘contraditório postergado’! Afinal, como apelar de algo do qual não se participou a não ser pedindo pela nulidade do processo?” – concluem os autores mencionados.

Dissecando a norma de forma detalhada, diz-nos ADAILSON LIMA E SILVA²⁰ que “da aplicação das lições acima mencionadas ao art. 285-A do CPC pátrio, forçoso é concluir que **não há ação**, pois não há titularidade passiva na demanda.

19 - Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7987>. Acesso em: 24.jan.2009.

20 - Ob. cit. p. 161 e segs. Destaques nossos.

Interessante notar que **não se pode também falar em processo**, pois não há substituição da vontade das partes pela vontade do Estado, pela razão simples e incontornável de que apenas existe autor...

(...) As evidências indicam que não há falar-se sequer em relação jurídico-processual, pois o dispositivo legal em estudo fala em ‘dispensada a citação’ e não se pode pensar em processo, no qual se tenha um litígio de fundo, sem que haja parte capaz de suportar eventual procedência do pedido.

(...) A nosso juízo – prossegue ADAILSON LIMA E SILVA – concluímos que no instituto novel do art. 285-A do CPC brasileiro, em sua primeira fase, e se não houver recurso, não há ação por falta de parte passiva, inexistente processo por falta de substituição da vontade das partes pela vontade do Estado, como também por falta de exercício do contraditório, pois só há titular do pólo ativo, sem a presença do titular do pólo passivo, qual seja, o réu.

No entanto, presente a jurisdição pela presença incontornável do representante da função jurisdicional, não obstante não se pode falar em procedimento contencioso pelas razões retro-expostas, constituindo aquele, segundo pensamos, em verdadeiro procedimento de jurisdição voluntária, com ofensa substancial aos princípios do acesso pleno à jurisdição, do devido processo legal e do contraditório.

Por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária, da decisão que ocorrer fundada no art. 285-A não poderá falar-se em coisa julgada material, característica dos procedimentos de jurisdição contenciosa, como expusemos em texto constante deste ensaio.

Ademais, há quebra do princípio do devido processo legal e da ampla defesa. Perceba-se também que, ao teor do art. 1.111 do CPC, a se insistir em posicionamento contrário a ‘suposta coisa julgada’ advinda do art. 285-A do CPC, não resistirá a uma ação declaratória de nulidade”.²¹

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, em outra passagem do trabalho já mencionado²², ainda em considerações gerais e antes de enfrentar o art. 285-A do

CPC, afirma que “em nome de uma espécie de obsessão pela celeridade, muito perigosa quando é capaz de comprometer garantias e princípios simbólicos de conquistas da civilização, o princípio do contraditório vem sendo disfarçadamente desrespeitado, sob pretextos talvez não muito legítimos”.

E mais adiante prossegue: “Habitualmente, liga-se a idéia de contraditório à oportunidade que *deve necessariamente ser conferida às partes* para que estas peçam, façam alegações e produzam provas ligadas ao direito que afirmam ter. Assim, para que se entenda ter sido respeitado o contraditório num processo, numa visão mais tradicional, basta que às partes tenham sido dadas estas chances ou oportunidades, ainda que não tenham sido utilizadas.

É oportuno mencionar-se aqui posição predominante na doutrina, com ressonância na jurisprudência, no sentido de que não se forma coisa julgada, sendo, portanto prescindível a ação rescisória, quando há sentença de mérito, proferida apesar de não ter havido citação ou de ter havido citação nula, situações estas a que se deve somar a revelia (pois que o comparecimento do réu terá sanado o vício).

Inegavelmente, dispensar a parte do uso da ação rescisória neste caso é extremamente significativo da importância que se dá ao contraditório”²³.

Mais uma vez, demos a palavra à professora já agora enfrentando o aqui discutido art. 285-A. Diz-nos: “Trata-se de fórmula que pretende ‘racionalizar’ o ‘julgamento de processos repetitivos’, consoante²⁴ consta da exposição de motivos que deu origem à referida lei.

Impõe-se, aqui, observar que o novo art. 285-A é uma demonstração eloqüente e lamentável da tentati-

21 - Mantivemos o posicionamento do autor em relação à coisa julgada (diferente do nosso raciocínio acima), pelo fato de oferecermos ao leitor as duas posições e suas possíveis soluções.

22 - Anotações sobre o Princípio do Contraditório como um dos fundamentos do Processo Civil Contemporâneo In REGÉRIO DONNINI e ROQUE ANTÔNIO CARAZZA (Coord.), *Academia Paulista de Direito. Temas Atuais de Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 371.

23 - Idem, p. 373-374.

24 - Vale observar que a expressão utilizada pela autora (“julgamento de processos repetitivos”) diz respeito à Lei nº 11.277 (07.02.2006), objeto do art. 285-A, portanto, dois anos e meses antes da Lei nº 11.672, de 08.05.2008 referente aos Recursos Repetitivos no âmbito do STJ.

va de resolver os grandes problemas estruturais do País (inclusive do processo) pela *via da negativa de fruição de garantias constitucionais*.

[...] Parece que essa iniciativa tenderia a desafogar o juízo de primeiro grau, evitando o contraditório, que se daria através da citação, e a sobrecarga de trabalho, portanto. Parece não se ter pensado em que o Tribunal certamente será sobrecarregado com apelações, e terá que cumprir, de certo modo, papel de juízo de primeiro grau, na hipótese de o réu oferecer suas *contra-razões*²⁵. Por último, cumpre notar que nos termos do caput do art. 285-A, basta que *haja precedente no juízo* para que se repita a sentença de total improcedência, não exigindo a norma, sequer, que a anterior e referida sentença tenha sido apreciada e mantida pela instância superior.

Surge aqui uma nova questão: se a sentença foi reproduzida em *novo ou vários casos* tudo porque já houve uma anterior que funciona como **sentença para-**

digma (a primeira, entenda-se) e se esta for modificada pelo Tribunal, como ficarão os processos em que ela foi utilizada, mas não houve recurso, fazendo, pois, coisa julgada? E mais: deverá o juiz continuar usando sua *sentença paradigma* se o tribunal a modificou? Algo o impede? Observe-se que não é súmula, não se trata de decisões iterativas, mas, simplesmente, a reforma de uma decisão (ou mesmo duas) de um juiz de primeiro grau.

Por fim, é de ressaltarem-se dois pontos:

a) - ao usar a lei a expressão no plural (“outros casos idênticos”), significa que o juiz, teoricamente, só poderá *copiar/colar* depois, no mínimo, de duas decisões idênticas que tenham sido proferidas no juízo;

b) - não poderá o Magistrado socorrer-se de decisões proferidas em outra Vara, que não a sua²⁶.



25 - Ob. cit. p. 374-475.

26 - Esta condição é mais uma utopia da norma, vez que, com as denominadas listas da internet, é muito comum um Juiz consultando “quem já julgou um processo assim...”. Pode-se até perguntar até que ponto, com esta consulta ele estará utilizando o “livre convencimento” como único motivo inspirador de suas decisões?

Adeus à separação de Poderes?

Por João Maurício Adeodato

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife, Pesquisador 1-A do CNPq, Coordenador dos Cursos de Direito da Faculdade Maurício de Nassau, Pós-Doutorado pelas Universidades de Mainz, Freiburg im Breisgau e Heidelberg.

Currículo do autor em:

<http://lattes.cnpq.br/8269423647045727>

Em memória de Pinto Ferreira

Sumário:

Introdução: generalidade da lei, criação do direito pelo judiciário e distanciamento entre texto e norma. 1. Teorias da única decisão correta. 2. Teorias da moldura. 3. Teorias realistas. 4. Conclusão: separação de poderes e complexidade.

Introdução: generalidade da lei, criação do direito pelo judiciário e distanciamento entre texto e norma.

Na Constituição de 1988, a “separação de poderes” está logo no art. 2º, sob o título dos princípios fundamentais, e constitui uma das quatro cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro (art. 60, § 4º, III). Historicamente, designa um dos pilares na origem do Estado Democrático de Direito no Ocidente, ao lado de outros também importantes, como o individualismo possessivo e a legalidade exegética iluminista. Nasce no contexto do constitucionalismo liberal do século XVIII, o primeiro movimento constitucionalista, com sua defesa dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, sua crença na “mão invisível” do mercado e o otimismo – ingênuo aos olhos contemporâneos – quanto às possibilidades da “razão”.

De acordo com esse princípio da separação ou inibição recíproca de poderes, cabe ao judiciário aplicar contentiosamente a lei, servindo como elo de ligação entre a norma geral posta pelo legislativo ou executivo e o caso individualizado e único que lhe é levado no conflito concreto. Nesse mister, que só deve exercer quando provocado, espera-se

do judiciário uma neutralidade ética e um domínio técnico diante do direito, ou seja, da lei. A Constituição Francesa de 1791, por exemplo, proibia o legislativo de julgar e impedia os tribunais de interferir no poder legislativo, expressamente vedando suspender a execução de leis.

Sendo neutro, o judiciário é descarregado de responsabilidades políticas, livrando-se de eventuais discussões sobre os valores-fins, positivados na lei do Estado, e sobre as regras processuais para a decisão, as quais estão, em tese, excluídas de suas atribuições. Ao executivo, também dentro do império da lei, cabe a administração e realização das finalidades.

Observe-se como, nos dias atuais, correntes como o uso alternativo do direito, o ativismo judicial ou a hermenêutica filosófica, apesar de suas diferenças, propugnam exatamente por uma politização do judiciário, entendendo-o como criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos e minorias menos privilegiados economicamente.

E mesmo os mais legalistas e os partidários de uma clara separação de poderes reconhecem que esse princípio não pode ser mais compreendido como queria Montesquieu. O que tanto mudou? Basicamente os três aspectos do mesmo fenômeno, colocados no título desta introdução, que vão interferir decisivamente tanto no direito quanto na política. Primeira das grandes escolas positivistas, também nascida no final do século XVIII, a *École d'Exégèse* francesa afirma ser a

generalidade um elemento essencial da norma jurídica, ficando ao juiz o mero papel de *bouche de la loi* (boca da lei), pois *in claris non fit interpretatio* (na clareza – da lei – não cabe interpretação), expressão que, apesar de estranha à Roma clássica, foi estrategicamente apresentada em latim pelos exegetas franceses. Daí o peso do poder legislativo, responsável pela elaboração de leis, discursos genéricos dos quais, supostamente, são deduzidas as decisões concretas.

O final do século XX já vai encontrar autores como Friedrich Müller¹, para quem não se pode separar “a norma” de sua interpretação, o que significa dizer que só diante do caso individual é criada a norma jurídica e que a generalidade, assim como a validade, é característica do texto (e não da norma). Assim, qualquer expressão normativa genérica, como a lei ou a medida provisória, está incompleta, e isso não se afigura uma disfunção sua, mas é hermeneuticamente necessário.

Tal evolução histórica é também conduzida pela separação de poderes sob um segundo prisma: na medida em que a crescente complexidade das sociedades modernas vai tornar cada vez mais sensível a questão de **se o juiz cria normas jurídicas**, isto é, direito, a qual está intimamente ligada à questão da generalidade e da identificação entre lei e norma jurídica: qual a relação entre a “criação” (legislativa e cada vez mais executiva) e a “aplicação” (judiciária) do direito.

Por um terceiro viés, mais sociológico, a evolução do debate sobre a separação de poderes pode ser observada, qual seja, o **distanciamento entre texto e norma** (de decisão).

A crescente complexidade social amplia a imprecisão do discurso a ponto de tornar altamente instável como será que aquela instância decisória – executiva, legislativa, judiciária – vai dizer o direito. E depois, se e como o texto genérico finalmente positivado vai interferir na decisão concreta futura. Acordos retóricos flutuantes, circunstanciais, autopoieticos.

Para fundamentar esses três aspectos, este texto vai agrupar as características evolutivas da separação de poderes também em três grupos, sob perspectiva jurídica: as teorias da única decisão correta, as teorias da moldura

e as teorias realistas. O mais interessante é que até hoje se observam juristas e outros profissionais do direito vinculados a cada uma dessas correntes, não havendo propriamente uma superação de umas pelas outras.

1. Teorias da única decisão correta.

Antes mesmo do Código Civil Francês de 1804, em torno do qual se desenvolveu a Escola da Exegese, o Código Prussiano de 1794 (*Preussisches Allgemeines Landrecht*), pretendia regular todas as relações jurídicas no país, contendo cerca de 19.000 artigos, que culminavam – com toda a auto-estima de um racionalismo iluminista – em uma proibição geral de interpretação judicial.

Montesquieu afirma expressamente que a separação de poderes é condição *sine qua non* da liberdade política e que essa separação precisa ocorrer entre os três poderes. Ao criticar o sistema da Turquia e o das cidades independentes italianas, observa que a opressão aumenta se houver concentração de dois deles em uma só pessoa; se os três poderes estão reunidos, pior ainda².

Essa antropologia iluminista parte de uma visão silogística: todo juiz ética e tecnicamente preparado decidirá da mesma maneira. Só haverá discrepância entre os juizes por erro e ignorância sobre a lei ou sobre o fato (problema técnico, gnoseológico) ou por desonestidade, má-fé (problema ético). A aplicação do direito está pré-determinada por valores-fins, escolhidos pela legislação, aos quais precisam se subordinar o judiciário e o executivo, além do próprio legislador.

Desenvolve-se uma democracia mais pragmática, na qual o princípio da maioria é realizado pelo exercício do sufrágio, sem as limitações e dificuldades de medir empiricamente uma “vontade geral” (Rousseau), afastando da cena todas as formas de jusnaturalismo, religioso, racionalista ou democrático, e assumindo a formalização procedimentalista do direito que vai caracterizar todo o positivismo: justo é aquilo que a lei diz que é justo.

1 - MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 251 s. Também FERREIRA, Luiz Pinto. *Filosofia*. Recife: Cia. Editora de Pernambuco, 1998, 2 vols., p. 177 s. Para os reflexos desse desenvolvimento no Brasil e no Recife: FERREIRA, Luiz Pinto. *História da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco, 1994, p. 163 s.
2 - MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et. *De l'Esprit des Lois*. Paris: Garnier, nouvelle édition, s/d, Livro XI, 6.

O conceito de norma jurídica é identificado com o de lei. Assim, interpretar consiste apenas em aplicar a lei ao fato e só há diferença entre aplicação e interpretação do direito quando há obscuridades sobre os fatos ou quando a lei é mal feita. O judiciário é um mal necessário. Daí que o método hermenêutico deve ser o mais literal, e a interpretação, a mais declaratória possível. Os aplicadores do direito apenas o reconhecem, jamais criam direito novo: “Nas repúblicas, a própria natureza da constituição requer que os juizes sigam a letra da lei” e “para isso ele precisa simplesmente abrir os olhos”³.

Não há consciência da distinção entre significante (lei) e significado (norma), atenção para com a vagueza e a ambigüidade do discurso. Assume-se que a lei tem sentido e alcance claros e distintos, os quais podem ser percebidos por qualquer intérprete, executivo ou judicial. Logo, as decisões administrativas e as sentenças não são normas jurídicas, mas meras aplicações da lei.

Diante da lei, esses primeiros positivistas identificam a expressão simbólica textual a um sentido específico, único e correto, reduzindo o problema da hermenêutica a apenas adequar dois elementos, quais sejam, a “norma” e o “fato”. Em verdade identificam dois elementos diferentes, o texto e a norma, que correspondem a significante e significado, sob a mesma rubrica (“lei” ou “norma jurídica”). Tal visão leva à convicção de que cada caso concreto pode ser subsumido a um texto legal e só admite uma decisão propriamente justa e correta.

Na doutrina da separação de poderes, elaborada em torno da Revolução Francesa e esteio inicial do positivismo e do constitucionalismo dele advindo, o legislativo cria o direito e o judiciário o aplica, de forma autônoma e independente, fazendo a ligação entre a expressão geral da soberania, a lei, e o caso concreto, o litígio.

Diferentemente do executivo, o judiciário só deve agir se provocado e deve adstringir-se ao caso concreto. O legislativo e o executivo podem agir antes, programar decisões; o judiciário, nunca.

Logo, como foi observado pelos próprios contemporâneos dos exegetas e dos movimentos codificadores, verificou-se a insuficiência dessas teorias para explicar a evolução do direito. A Escola Histórica, a da Livre Investigação Científica, a do Direito Livre e outras aparecem para

criticar o legalismo exegético e defender a idéia de que a lei não é a única fonte do direito e a generalidade não constitui caráter permanente da norma jurídica: quanto ao âmbito pessoal de validade, vai dizer depois Kelsen, as normas podem ser gerais ou individuais. Assim, há normas jurídicas individuais e a sentença cria direito novo. Essa concepção já vai começar a enfraquecer a separação de poderes.

2. Teorias da moldura.

Os positivistas mais críticos do legalismo, que vão desembocar em Kelsen, passam assim a advogar a tese do texto da lei como “moldura” de várias decisões (*Rahmen-theorien*), sempre o flexibilizando em alguma medida e considerando intransponível a necessidade de interpretação. Segundo esse entendimento, um conflito concreto teria algumas possíveis decisões diferentes, todas igualmente adequadas, desde que dentro do sentido e do alcance dos textos aplicáveis e correspondentes procedimentos. Como distinguir, dentre essas decisões adequadas ao texto, qual “a” mais correta, é questão sem sentido para o jurista, pois todas seriam igualmente adequadas.

Para o contexto político, a concepção antropológica não é mais iluminista. Não só a separação de poderes, mas também o princípio da maioria deve ser mitigado, a fim de evitar a eternização do debate e a constante revisão de decisões já tomadas. São criados mecanismos para dificultar e mesmo impedir essa revisão, tais como sessões duplas, limitações a votações de urgência, diferentes percentagens de *quorum* qualificados, culminando nas cláusulas constitucionais pétreas. Desenvolve-se, assim, toda uma axiologia em torno da segurança das relações jurídicas e o direito posto adquire caráter mais conservador diante dos fenômenos sociais.

A metodologia continua dedutiva, mas não é mais silogística apofântica e sim dialética: esse dedutivismo vê no direito uma ciência, cujo ato de conhecimento provém da compreensão dialética que se dá entre a “norma” e o fato: a norma, entendida como o texto positivado (a “fonte” do direito), forma uma moldura em relação às decisões adequadas. A moldura recorta as decisões corretas dentre as decisões possíveis, isto é, exclui as incorretas, mas não pode decidir entre as decisões corretas qual a

3 - Idem, Livro VI, 3.

única melhor. Aí entra o poder discricionário do decisor: aplicadas as regras formais, não se chega a um só resultado, mas qualquer resultado é justo.

A aplicação do direito procedimentaliza-se. Mas é também importante, quanto à lógica das normas, mencionar que sua estrutura passa a ser hipotética: se... então..., concepção que apóia menor literalidade e mais importância às condições concretas de cada caso. A separação de poderes, no âmbito jurídico, é atingida por esse reconhecimento, por parte dos normativistas, de que o juiz cria direito, ainda que a proporção de poder do judiciário, em detrimento dos poderes executivos e legislativos, varie de autor para autor.

Assim a generalidade deixa de ser considerada um caráter essencial da norma jurídica e a sentença é reconhecida como forma de expressão e criação de direito positivo. O mesmo pode ser estendido à decisão concreta do administrador. Exemplos de que a dogmática percebeu essas mudanças são a classificação das normas jurídicas em genéricas e individualizadas⁴ e a diferença entre lei em sentido formal e lei sentido material, para explicar as “leis individuais”; a doutrina chega a propor a expressão “norma jurídica individual legislada”, tal é a resistência ao fato de que o procedimento legislativo é também utilizado para textos individualizados, como uma pensão ou a concessão de um título de cidadão⁵. Além disso, a generalidade deixa de ser privilégio do legislador, pois cada vez mais normas jurídicas genéricas são exaradas pelo executivo.

Daí a imagem da estrutura hierárquica e piramidal do ordenamento jurídico e a rejeição da separação entre criar e aplicar o direito. Toda norma jurídica é aplicação, em vista das normas que lhe são superiores no sistema, e é criação, em relação às normas inferiores. Toda aplicação do direito pressupõe interpretação, não há sentido no brocardo *in claris...* A norma jurídica passa a ser considerada gênero do qual a lei é espécie. Outras espécies são a sentença, a jurisprudência, o costume, o tratado etc. E Kelsen distingue a proposição normativa (*Rechtsatz*) da norma jurídica (*Rechtsnorm*)⁶, mas não chega à distinção entre significante e significado⁷.

Observe-se que essa também é a concepção dos procedimentalistas contemporâneos, chamados pós-po-

sitivistas. A diferença é que, para os positivistas, o procedimento são as regras de controle que estão postas, isto é, aquele procedimento positivado pelo poder do direito; os pós-positivistas crêem em um procedimento superior, ditado pela razão ou pela evolução histórica, o qual não depende de positividade para sua validade. Ou seja: para uns o procedimento está positivado, dogmaticamente ou não; para outros, o procedimento é “válido por si mesmo”, “racional”. Todos já se haviam tornado procedimentalistas, desde os primórdios do legalismo.

3. Teorias realistas.

Começam com a Escola Realista escandinava, que não deve ser confundida com o realismo norte-americano, mais judicialista, o qual conduz a transição das teorias da moldura ao realismo propriamente dito.

Os realistas abandonam inteiramente a concepção iluminista: o conhecimento se dá na intersubjetividade, depende de um controle público da linguagem, o que também envolve fatores de poder. Há ceticismo e relativismo quanto a um conhecimento preciso dos fatos e dos direitos.

A separação de poderes e o princípio da maioria são *topoi* retóricos, lugares-comuns estabelecidos, que provocam adesão no discurso justamente por seu caráter impreciso. Ou seja, pode-se sempre invocar um *topos* nesta ou naquela direção, pode-se argumentar pela exceção à regra tópica, há *topoi* antagônicos para situações contraditórias etc.

Um exemplo na jurisdição constitucional brasileira é que a separação de poderes já foi alegada para que o STF não preenchesse a injunção do mandado e foi ignorada para que o Senado não precisasse exarar resolução para conceder efeitos *erga omnes* da decisão em ação direta de inconstitucionalidade, decidindo que o art. 52, X somente se aplicaria na ação incidente; vale dizer: o STF elimina a lei sozinho.

4 - KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, Kurt Ringhofer und Robert Walter (Hrsg.). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 179-180.

5 - AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José (com la colaboración de Julio Raffo). *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 657.

6 - KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Verlag Österreich, 2000 (2. vollständig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. 1960), p. 73-74. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, Kurt Ringhofer und Robert Walter (Hrsg.). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 123.

7 - ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007, 3ª. ed., p. 237-238.

Para melhor compreender e explicar esses fenômenos, o realismo vem acompanhado de uma visão entimemática e mesmo erística do discurso jurídico⁸. A interpretação do direito é vista pelo realismo como um processo indutivo, e não silogístico-dedutivo, diferentemente das teorias da única decisão correta e da moldura. A decisão não decorre da norma geral. O julgador primeiro decide e depois vai procurar no sistema o fundamento textual de sua decisão. E aí faz parecer e mesmo pensa que trabalhou dedutivamente, a partir de uma regra previamente posta.

Assim, toda norma jurídica é individual. A lei é apenas um texto, um dado de entrada para construção da norma diante do caso concreto. A decisão se baseia em argumentos normativos, sim, mas não nas normas alegadas, componentes prévios do ordenamento jurídico. A decisão se baseia em normas ocultas, *topoi* de grupos, por exemplo, *topoi* dos próprios juízes, dos administradores, enfim, daqueles que decidem.

A decisão é casuística, individual e, nesse sentido, irracional, para os mais extremados. Não há decisão correta, há decisão efetiva, e não se pode exatamente saber se e como uma decisão vai produzir efeitos no mundo da retórica material; nem nesse sentido da previsibilidade há uma racionalidade. O realismo também enxerga diminuição de importância na atividade do legislador e exacerbação da função judicante. O legislador não cria a norma jurídica, cria textos, dados de entrada válidos. Só o “aplicador” cria a norma. Mais radicalmente ainda do que nas teorias da moldura, não há sentido na separação entre criação e aplicação do direito em termos de legislador e decisor. A norma jurídica não é um gênero, do qual a lei e a sentença, o ato administrativo são espécies, como quer o normativismo da moldura, crítico do legalismo que identificava norma jurídica e lei. A lei, a jurisprudência, a sentença, o contrato, as normas administrativas, os tratados etc. são expressões lingüísticas da norma. São em geral textuais hoje em dia essas “fontes do direito”, mas podem ser orais, pictóricas, gestuais, como qualquer comunicação. A norma é o significado, uma idéia de sentido; suas fontes de expressão são significantes.

4. Conclusão: separação de poderes e complexidade.

Para o discurso do ordenamento dogmático estatal essas teorias são destrutivas, pois diminuem a (aparente)

segurança jurídica que se deseja transmitir, dando adeus à separação de poderes. Em defesa dos realistas há dois argumentos importantes: a um, o realismo apenas detecta essa insegurança, não é responsável por ela, e é função da ciência e da filosofia do direito compreender e explicar seu objeto, não lastimá-lo; a dois, se o efeito desejado é combater a insegurança, o primeiro passo é entender por que essa imprevisibilidade.

Resta aos realistas mais radicais ampliar o mais possível a dissociação entre a decisão e o texto de que ela alegadamente foi deduzida e afirmar a tese de que o juiz do caso dispõe de infinitas possibilidades. Como dito, a validade e a generalidade passam a ser atributos do texto e não da norma, a qual é sempre criada diante do caso concreto, individualizada em torno dos conteúdos semânticos emprestados por todos os partícipes daquela relação jurídica, dentre os quais o texto alegado é apenas um dos pontos de partida.

Tais premissas textuais da decisão, quando existem, constituem estruturas caóticas e fragmentárias, meras justificativas posteriores para decisões tomadas a partir de outros fundamentos, também caóticos e fragmentários, que não os textos válidos que se alegam. As premissas existenciais, como as preferências valorativas, ideologias e preconceitos dos envolvidos desempenham a função mais determinante, sem pretensões de racionalidade no sentido de universalidade.

Tal sorte de controvérsia sobre os papéis dos poderes democráticos não deve ser vista como superada na atualidade, pois não é à toa que se debatem as teses da decisão única do juiz “Hércules” de Dworkin, da moldura do procedimento racional de Alexy, da teoria estruturante de Müller, da pré-compreensão da hermenêutica filosófica, dos pragmatismos e desconstrutivismos. No centro da problemática hermenêutica no direito estão certamente seus paradigmas de “racionalidade”, as tentativas de estabelecer limites, o problema do critério.

Mais do que idiosincrasias ou purismos de escolas, essa evolução teórica espelha fenômenos característicos da era contemporânea. A complexidade crescente e a pulverização dos espaços significativos comuns, com a correspondente exacerbação do individualismo ético, 8 - *Idem*, p. 325, para uma análise retórica desses conceitos.

vão fazer com que, dentro de um ordenamento jurídico já sobrecarregado, sobrecarregue-se também a atividade criadora do julgador e aumente seu poder discricionário, tão temido pelos primeiros exegetas. A proibição do *non liquet* (obrigatoriedade de decidir), que se torna um dos principais esteios da dogmática jurídica na modernidade, está, em última instância, a cargo do judiciário.

Ao lado disso, o juiz deixa de ser considerado neutro, pois, na sociedade complexa, espera-se dele (e do Estado em geral) uma concretização de sucessivas gerações de direitos, que não têm mais caráter meramente declaratório e de respeito passivo, como os direitos fundamentais individuais, mas exigem intervenção para serem realizados, como é o caso dos direitos à saúde e ao meio ambiente. Isso faz o judiciário assumir também um papel político, como se percebe da superexposição de juízes nos meios de comunicação, outro fator que não tem apenas interesse sociológico, mas também diz respeito ao tema dos papéis dos poderes.

A progressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário tornam-se, assim, três fatores importantes e estreitamente conexos, dentro do ambiente jurídico contemporâneo, a tornar obsoleta a tradicional separação de poderes. Se não é só o juiz o responsável, pois nem só em lides se concretiza a constituição, como quer Peter Häberle⁹, certamente o papel dos juízes e, sobretudo, dos tribunais superiores vai ter uma importância direta e indutora muito maior do que a que tem diante da mera litigância eventual.

O debate sobre a função do judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem constituir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuísmo trazido por uma exacerbação da discricionariedade dos julgadores e da importância dos participantes na lide concreta.

Esse crescimento de seu papel não significa que o judiciário se venha mostrando à altura da sobrecarga, muito pelo contrário. Mesmo em países com menos problemas estruturais do que o Brasil, juristas e filósofos como Ingeborg Maus vêm clamando sobre o perigo de uma “moral do judiciário” e advertindo sobre a inviabili-

dade de este poder exercer o papel de “superego da sociedade órfã”¹⁰.

Tornar o juiz mais adstrito ao texto da lei e fiscalizar suas decisões, mais à francesa, tem sido apontado como caminho viável, num interessante olhar de volta, embora em outro contexto, à aurora do positivismo.

O crescimento mais recente de mediação, arbitragem e outros procedimentos extrajudiciais de controle de conflitos também aponta para as disfunções que atornam os que precisam da atuação do judiciário. Nos países subdesenvolvidos, um outro sem-número de problemas prejudica a eficiência e, simultaneamente, a legitimidade da separação dos poderes constituídos.

Assim, a ineficácia judicial conduz a uma crise de legitimação do judiciário, decorrente tanto de fatores internos – como o anacronismo de sua estrutura organizacional e o despreparo de seus agentes – como de fatores externos – como a insegurança da sociedade em relação à impunidade, corrupção, discriminação e aplicação seletiva das normas jurídicas.

Isso traz o problema das maiores responsabilidades do julgador perante a sociedade, o que passa por críticas e debates ao modelo de escolha e nomeação de juízes, em todos os seus níveis, pelas fórmulas de participação, como a figura do quinto constitucional, dentre outras, culminando na tese do controle externo do judiciário, até hoje mal vista por muitos magistrados.

Mas mesmo no contexto secular dos privilégios de funcionários públicos no Brasil, a sociedade civil merece certamente um controle muito mais rígido dos magistrados e tribunais, assim como do executivo e do legislativo, demonstrando a força retórica da separação de poderes.



9 - HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozeß* – Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p. 155-181.

10 - MAUS, Ingeborg. Justiz als gesellschaftliche Über-Ich – Zur Funktion von Rechtsprechung in der “vaterlosen” Gesellschaft. In FAULSTICH, Werner; GRIMM, Gunter (Hrsg.): *Sturz der Götter*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 121-149.

Problema de Direito Intertemporal: é definitiva ou provisória a execução de título extrajudicial embargada, enquanto pendente apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, opostos antes da vigência da Lei nº 11.382/2006?

Por Jorge Américo Pereira de Lira

Juiz de Direito Titular da 10ª Vara Cível da Comarca do Recife-PE. Assessor Especial da Presidência do TJPE. Professor de Direito Civil dos Cursos de Preparação à Magistratura e de Pós-graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).

Sumário:

1. Introdução do problema. 2. Lei nº 11.382/2006: alteração do art. 587 e o novo art. 739-A do CPC. 3. A anômala conversão de execução definitiva em provisória. 4. Direito intertemporal: reflexos da novel sistemática nos processos em curso, iniciados sob a égide da anterior disciplina. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução do problema

O art. 587, do CPC, na sua atual redação, dada pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, em vigor 45 dias após a sua publicação (DOU 7.12.2006), mantém a dicotomia tradicional entre a “execução definitiva” e a “execução provisória”. O que é sensivelmente diverso na regra que enuncia é que o art. 587 passou a se referir, apenas, aos casos de “execução de título extrajudicial”. Os casos de execução definitiva e de execução provisória respeitantes aos títulos executivos judiciais passaram a ser objeto de disciplina suficiente no art. 475-I, § 1º, introduzido pela mesma Lei nº 11.382/2006. Controverte-se, contudo, de há muito, acerca da natureza da execução fundada em título extrajudicial embargada quando ainda pendente de julga-

mento, pelo Tribunal, a apelação interposta pelo devedor vencido, dada a circunstância objetiva de que o inciso V do art. 520 do CPC confere àquele recurso, na situação particularizada, o só efeito devolutivo. Indaga-se, então: desprovida a ação incidental dos embargos do devedor e recepcionada a apelação pelo Juiz apenas no efeito devolutivo, na conformidade da dicção do inciso V do art. 520 do CPC, é lícito prosseguir, doravante, com a execução? Será ela definitiva ou provisória?

Conforme anota FREDIE DIDIER JR.,

(...) havia muita discussão sobre a natureza da execução de título extrajudicial embargada, pendente apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, porque o inciso V do art. 520 do CPC retira o efeito suspensivo dessa apelação. Assim, julgados improcedentes os embargos: interposta apelação (sem efeito suspensivo), poderá o exequente prosseguir na execução? HUMBERTO THEODORO JR. entende ser definitiva a execução (Curso de Direito Processual Civil. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2, p. 86). ARAKEN DE ASSIS afirma que seria ma-

nifesto contra-senso transformar em provisória a execução iniciada como definitiva (Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145). TEORI ZAVASCKI acrescenta que, acaso o prosseguimento definitivo da execução implique risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o embargante poderá obter antecipação da tutela nos embargos, de modo a impedir que siga adiante. Isso sem falar que é possível requerer ao julgador que atribua efeito suspensivo ao recurso de apelação ou agravo (art. 558, caput e parágrafo único, CPC) (Processo de Execução – Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 438).¹

Esse entendimento doutrinário e jurisprudencial foi consolidado pela súmula 317 do STJ, cujo enunciado contém a seguinte redação:

É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos.

Tem-se, portanto, em um primeiro esboço de conclusão, a partir da exegese da sistemática procedimental primitiva ou originária do Código Buzaid - na esteira inclusive do entendimento sumular da Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional -, que, nos casos em que a decisão proferida nos embargos do devedor seja impugnada por apelação sem efeito suspensivo, a execução prosseguirá em caráter definitivo.²

2. Lei nº 11.382/2006: alteração do art. 587 e o novo art. 739-A do CPC

O art. 587, do CPC, foi substancialmente alterado pela Lei nº 11.382/2006. Em sua atual redação, dispõe o art. 587:

Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória, enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).³

De acordo com o dispositivo, em sua primeira parte, quando a execução for fundada em título executivo extrajudicial ela é definitiva. A sua segunda parte, contudo, altera substancialmente o entendimento consolidado

na doutrina e na jurisprudência (v. a propósito enunciado nº 317 da súmula da jurisprudência predominante do STJ), quanto à natureza da execução que é retomada com a rejeição dos embargos ao executado. Doravante, a execução será provisória quando pendente de exame a sentença que julga improcedentes os embargos opostos pelo executado, desde que – e a ressalva é feita pelo próprio art. 587 – os embargos tenham sido recebidos (e processados) com efeito suspensivo. A execução fundada em título extrajudicial, portanto, como regra, é definitiva. Converter-se-á em provisória, todavia, consoante a segunda parte do art. 587 do CPC, com a redação que lhe dada pela Lei Federal nº 11.382/2006, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação interposto pelo devedor contra a sentença de improcedência dos embargos.

Essa é a lição de VICENTE GRECO FILHO⁴:

Questão relevante suscitada pelo Código é a da natureza da execução enquanto pendente a apelação em embargos do devedor julgados improcedentes na execução por título extrajudicial. O art. 520, V (com redação da Lei nº 8.950/94), preceitua não ter efeito suspensivo a apelação contra a sentença que julga improcedentes os embargos opostos à execução. Isso quer dizer que a execução, suspensa pelo recebimento dos embargos do devedor, vai prosseguir. Surge, então, a questão: a execução prosseguirá em caráter definitivo ou provisório?

Uma interpretação literal dos dispositivos acima citados poderia levar-nos à conclusão de que a execução seria definitiva, porque a apelação não é contra a sentença exequenda, contra o título, mas contra a sentença (declaratória negativa) que julgou improcedentes os embargos. Essa

1 - DIDIER JR., Freddie. Lei Federal nº 11.382/2006. *Reforma da execução por quantia certa. Crítica à nova redação do art. 587 do CPC*. <http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CId=85>, acesso em 3 de janeiro de 2006.

2 - Por todos, WAMBIER, Luiz Rodrigo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, n. 6.2, p.139/140.

3 - Note-se que a remissão feita no artigo está errada, porque leva em conta sistema anterior à Lei nº 11.382/2006, razão pela qual cabe fazer a devida correção, que em nada prejudica a compreensão do dispositivo. A referência é ao § 1º do art. 739-A. Por força da nova regra, não podem prevalecer, com relação aos títulos executivos extrajudiciais, as restrições que subsistem, porém, para os casos de impugnação dirigida ao cumprimento de sentença fundada em títulos judiciais.

4 - Nesse mesmo sentido THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1979, p. 149.

sentença não será nem está sendo executada; o que se executa é o título, no caso extrajudicial, e não a sentença contra a qual pende o recurso.

Todavia, o espírito da norma legal, a mens legis da instituição das duas categorias, execução definitiva e execução provisória, é prever a primeira para o caso de não haver dúvida quanto à imutabilidade do título, cujo padrão é a sentença transitada em julgado; ora, o título executivo extrajudicial é definitivo, mas modificável, ou até extingüível, pela ação incidental de embargos do devedor, não se coadunando, pois, essa situação de possibilidade de desaparecimento em virtude de uma sentença judicial com uma execução definitiva, que pressupõe exatamente uma situação imutável e segura.

Entendemos, pois, que deve prevalecer o princípio que informa o instituto sobre a letra da lei, considerando-se provisória a execução enquanto pendente recurso sem efeito suspensivo contra a sentença que julga improcedentes os embargos do devedor na execução por título extrajudicial. A Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça consagrou o contrário: ‘É definitiva a execução de título executivo extrajudicial, ainda que pendente a apelação que julgue improcedentes os embargos’.

Todavia, a Lei nº 11.382/2006, alterando o art. 587, optou por nossa posição, estabelecendo que é definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do devedor quando recebidos com efeito suspensivo.⁵

Certo, o art. 739-A, cabeça, do CPC, acrescentado pela mesma Lei Federal nº 11.382/2006, estatui, como regra geral, que “os embargos do executado não terão efeito suspensivo”. O § 1º, porém, mitigando essa diretiva, dispõe que “o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. Disso deflui, no particular, que a atribuição de efeito suspensivo aos embargos é determinante para a

fixação do caráter da execução na pendência de apelação da sentença de improcedência dos embargos.

A modificação tem merecido veementes críticas da doutrina.⁶ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, no ponto, anota que

O recurso cabível é sempre apelação (art. 513), que em regra suspende a eficácia da sentença. Por exceção, ela terá efeito meramente devolutivo quando rejeitar liminarmente os embargos (art. 739) ou os julgar improcedentes (art. 520, V). Contudo, se o juiz houver atribuído aos embargos o efeito de suspender a execução (art. 739-A, acrescentado pela Lei nº 11.382, § 1º), a apelação contra a sentença de improcedência converterá em provisória, durante a respectiva pendência, aquela execução, que a princípio era definitiva (art. 587, 2ª parte), aplicando-se-lhe, por força do art. 598, as disposições do art. 475-O (também acrescentado pela Lei nº 11.382). Não deixa de ser curiosa semelhante conversão de uma execução iniciada como definitiva em provisória: o normal é que algo provisório possa converter-se em definitivo, não o contrário.⁷

Para FREDIE DIDDIER JR.,

Não há explicação para essa mudança, que não se justifica: (a) está em dissonância com a jurisprudência sumulada do STJ e com sólida orientação doutrinária; (b) transforma uma execução que se iniciou definitiva em provisória, mesmo após uma sentença que confirmou o título executivo, reforçando a presunção de existência da dívida, em inversão esdrúxula de valores: a vitória do exequente nos embargos à execução é, estranhamente, fato que gera uma capitis diminutio do seu título executivo, agora apto a legitimar apenas uma execução provisória; (c) confere um

5 - GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p.39/40.

6 - Rodrigo Mazzei é peremptório ao afirmar que “a alteração mais infeliz da reforma implementada pela Lei nº 11.383/2006 está fixada no art. 587, do CPC” (Reforma do CPC 2: nova sistemática processual civil./Daniel Amorim Assumpção Neves...[et al.] – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.99).

7 - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 303.

despropositado benefício ao executado vencido no julgamento dos embargos, em face de quem há um título executivo já reconhecido como válido e eficaz por um magistrado, após um processo de conhecimento instaurado com esse objetivo.⁸

3. A anômala conversão de execução definitiva em provisória

O art. 587 – sublinhe-se – é claro quanto à circunstância de a execução só ter aptidão de converter-se em “provisória” se os embargos do executado forem recebidos com efeito suspensivo, nos termos do atual § 1º do art. 739-A. Caso contrário, a execução – que é “definitiva”, consoante a primeira parte do mesmo dispositivo – não se suspende, os atos executivos devem prosseguir e eventual interposição de apelo da sentença que julga improcedentes os embargos do devedor não tem o condão de transformar a qualidade dos atos executivos. Logo, o caso não é de aplicação do art. 587 e, conseqüentemente, do art. 475-O.

A conversão da execução definitiva em provisória, conforme o magistério de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO,

(...) depende não só do recebimento (ou tramitação) dos embargos com efeito suspensivo, mas também de que a sentença que os rejeite seja uma sentença de mérito desfavorável ao executado. Dito de maneira técnica, tendo em conta a regra em estudo, tem que se tratar de sentença de improcedência, sentença que diga que o executado não tem razão, que seus embargos são rejeitados no mérito, que o título executivo que fundamenta a execução é legítimo em todos os seus aspectos e que não há qualquer vício no processo de execução e nos atos praticados até então, pelo que ele deve prosseguir. É uma sentença que tem fundamento no art. 269, I (art. 162, § 1º).⁹

E complementa, o emérito processualista paulista,

(...) nestas condições, a opção do legislador parece clara: se não se tratar de sentença de improcedência, a segunda parte do art. 587 não tem aplicação. Assim, nos casos em que os

embargos são rejeitados por quaisquer questões processuais, isto é, quando a sentença que os rejeita tem fundamento em algum dos dispositivos do art. 267, inclusive liminarmente para os fins do art. 739 na sua atual redação, não há como negar que a execução, que retomará seu curso com o proferimento da sentença, seja (melhor: volte a ser) definitiva e não provisória. A justificativa do legislador para esses casos é facilmente perceptível: na hipótese, o executado não logrou sequer convencer o magistrado de primeira instância que tinha direito a impugnar a execução e, nestas condições, não obstante o efeito suspensivo concedido de início (art. 739-A, § 1º), com o proferimento da sentença, a eficácia total do título executivo é liberada e retomada, sem quaisquer restrições, a execução. Mesmo que, nas hipóteses estudadas, a apelação do executado não seja recebida com efeito suspensivo (art. 520, V), o prosseguimento da execução sem as restrições do art. 475-O, isto é, definitiva, não encontre seu fundamento nesta regra, mas, bem diferentemente, no próprio art. 587, que reserva o caráter de provisória somente à execução que segue nos casos de apelação interposta da sentença de improcedência dos embargos¹⁰.

4. Direito intertemporal: reflexos da novel sistemática nos processos em curso, iniciados sob a égide da anterior disciplina

A nova redação dada ao art. 587 impõe solução diametralmente oposta àquela amplamente vencedora em sede de doutrina e de jurisprudência quanto ao caráter da execução que se processa durante a tramitação do apelo interposto pelo executado da sentença que rejeita os seus embargos. Como toda regra processual, ela incide nos processos em curso.

Uma tal incidência imediata, contudo, não pode querer significar que a alteração radical de orientação da regra sirva para desfazer os atos executivos já praticados ou, quando menos, seus efeitos já consumados sob a égi-

8 - Op. cit., DIDIER JR., Fredie.

9 - BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3: comentários sistemáticos à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, p. 28.

10 - Idem. p. 28/29.

de do direito anterior. Não há nem pode haver retroação da nova regra.

O que deve ser acentuado é que, nos casos de atos executivos ainda não terem sido praticados, a incidência imediata do novo art. 587 impõe que eles observem os limites e os parâmetros do art. 475-O.

Uma alienação do bem penhorado a partir da vigência da Lei n. 11.382/2006, nos casos que reclamam a incidência do dispositivo aqui comentado, portanto, deve, em regra, observar o que dispõe o § 1º do art. 475-O, providência que não seria levada em conta anteriormente, à luz da diretriz da Súmula 317 do STJ. Não há direito adquirido do exequente a uma “execução definitiva” mesmo que ela tenha tido início antes da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006. A “execução” é o resultado de uma série de atos executivos; por isto a solução proposta, rente ao “princípio do isolamento dos atos processuais”, é de rigor.

Em clássica e consagrada obra, acerca da aplicação da lei processual nova aos feitos pendentes, pontifica GALENO LACERDA que

O novo Código de Processo Civil brasileiro mostra-se muito conciso em matéria de direito transitório. Limita-se a reproduzir, no art. 1.211, o velho preceito, cuja origem remonta à Ordenança francesa de 1363, de que a lei nova se aplica desde logo aos processos pendentes.

O silêncio do legislador nesta difícil matéria certamente haverá de provocar graves dificuldades na prática, para juízes e advogados, tão grandes e profundas se apresentam as modificações que a lei nova impõe ao procedimento. Competências novas, acréscimos de atos, supressão de outros, modificações de rito, alterações na prova, eliminação de recursos e de graus de jurisdição, alongamento e diminuição de prazos, constituem inovações cuja incidência aos processos em curso suscita problemas de difícil solução, agravados pelo ‘nenhum socorro’, pela ‘nenhuma orientação’ do novo Código ao desventurado intérprete. Nessa angustiada conjuntura, outro caminho não se abre ao aplicador da lei nova senão o apelo aos princípios gerais de direito transitório, sem dúvida aplicáveis também ao direito processual.

Ensina o clássico Roubier, em sua magnífica obra *Les Conflits de Lois dans le Temps* (1/371), que a base fundamental do direito transitório reside na distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei. Se ela atinge *facta praeterita* é retroativa; se *facta pendencia*, será necessário distinguir entre situações anteriores à mudança da legislação, que não podem ser atingidos sem retroatividade, e situações posteriores, para os quais a lei nova, se aplicável, terá efeito imediato.

Como o processo compreende uma seqüência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir.

A aplicação imediata será sempre a regra de direito comum (Roubier, 1/558). A retroatividade, ao contrário, não se presume; decorre de disposição legislativa expressa, exceto no direito penal, onde constitui princípio a retroação da lei mais benéfica.¹¹

Estudando a aplicação da lei nova aos feitos pendentes a partir da identificação, formulada por ROUBIER, na situação jurídica, de três momentos distintos (o da constituição, o dos efeitos e o da extinção – o primeiro e o último representam a dinâmica e o segundo, a estática da situação), GALENO LACERDA fincou as seguintes diretrizes:

Quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa, se permitida pelo sistema jurídico.

Quando a constituição estiver pendente, a regra será a aplicação imediata, respeitado o período de vigência da lei anterior.

Quanto aos efeitos da situação jurídica constituída, a norma é que a lei nova não pode, sem retroatividade, atingir os já produzidos sob a lei anterior.¹²

11 - LACERDA, Galeno. *O novo direito processual e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2/3.

12 - Idem. p. 2

A par dessa principiologia e sabido que o processo não se esgota na simples e esquemática relação triangular entre juiz e partes, dada a sua natureza de “feixe de relações jurídicas”, onde se vinculam não somente aqueles sujeitos principais, senão que todas aquelas pessoas que com sua atividade (terceiros intervenientes, Ministério Público, auxiliares da Justiça, testemunhas, peritos), é lícito afirmar, destarte, que a lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei decaída.

Sobre o modo como a lei nova incide sobre os processos em curso, anota ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que

Tema dos mais complexos de toda a ciência jurídica é o do direito intertemporal. No direito processual civil, esse tema adquire especial relevância, uma vez que a entrada em vigor de uma nova lei processual sempre vai encontrar uma série de processos em curso no momento do início da vigência do novo diploma. Pois isto sempre irá gerar dificuldades para o intérprete. As dificuldades aumentam quando se considera o fato de que, segundo entendimento pacífico, a lei processual nova se aplica de imediato, inclusive aos processos em curso no momento do início de sua vigência. É preciso verificar, então, como se dará a aplicação da lei nova aos processos em curso.

(...) O direito processual adota, para determinar o modo como a lei nova incide sobre os processos em curso, a chamada teoria dos atos processuais isolados, em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege. E, sempre, será a mesma solução (ressalvados alguns casos excepcionálísimos): rege o ato a lei vigente no momento de sua prática.

(...) De tudo isso, o que se verifica é que o ato processual deve ser regulado pela lei vigente no momento de sua prática, a qual disciplinará também os efeitos que tal ato é capaz de produzir. Isso, aliás, nada mais é do que decorrência da própria idéia de processo como movimento para adiante (idéia esta que se encontra ínsita no ter-

mo processo, do latim *pro-cedecere*, andar para a frente). Admitir a retroatividade da lei processual nova seria um retrocesso, que é o antônimo de processo. E não admitir a incidência da lei nova sobre os processos pendentes implicaria a perda da chance de melhorar o funcionamento desses processos já instaurados, já que se pode presumir que a lei nova vem corrigir os defeitos da antiga (e criar defeitos novos, que todas as leis os têm, mas esses defeitos poderão ser corrigidos por uma outra lei, que também precisará ter seus defeitos consertados, e assim serão as coisas per *omnia secula seculorum*).

(...) Acerca do cumprimento de sentença que condena a cumprir obrigação pecuniária (...), já tendo sido efetuada a penhora de bens do executado, é preciso verificar se já foram oferecidos os embargos ou não. Se já tiver o executado oferecido embargos, estes se processarão com base na lei anterior, não havendo como se aplicar a nova sistemática.¹³

Nesse igual sentido, a orientação da Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional quanto à prevalência do princípio do isolamento dos atos processuais:

Se, em execução de título extrajudicial, a Lei nº 11.382/06 passou a vigorar depois da citação, mas antes de concluído o procedimento de penhora, o termo para oferecimento dos embargos deve ser contado a partir da intimação da penhora, mas já se computando o prazo da lei nova, de 15 dias. Nessa circunstância, porém, os embargos já devem ser recebidos com base na nova sistemática de execução, portanto sem efeito suspensivo, pois, além de se ter mantido sua natureza autônoma, o direito ao oferecimento dos embargos, antes das alterações promovidas pela Lei nº 11.382/06, somente surgia com a garantia do juízo.¹⁴

13 - CÂMARA, Alexandre Freitas. A nova execução de sentença. 4 ed. rev. e atualizada pela Lei nº 11.382/2006. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 179, 181/182 e 186.

14 - STJ-3ª T., Med. Caut. 13.951, Min. Nancy Andrighi, j. 11.3.08, DJU 1.4.08, apud Código de Processo Civil e legislação processual em vigor / Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa; com a colaboração de Luís Guilherme Aidiar Bondioli. – 41. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 946.

Nesse ser assim, nos casos em que os embargos à execução foram recebidos (e processados) “com efeito suspensivo” incide a disciplina da regra inscrita na segunda parte do art. 587, do CPC – com a redação dada pela Lei nº 11.382, de 6.12.2006 (a ressalva é feita pelo próprio art. 587). Deveras, enquanto pendente de exame a sentença que julgou improcedentes os embargos opostos pelo devedor, a execução será provisória, competindo ao credor, sequioso no prosseguimento da execução, observar os limites e os parâmetros do art. 475-O, do CPC, porquanto superada a Súmula nº 317, do STJ, que lhe permitia, nessa hipótese, retomar a execução sem qualquer restrição ou garantia à posição do devedor-executado.

5. Considerações finais

De tudo se extrai que, com a nova lei, os embargos à execução somente terão efeito suspensivo se presentes os pressupostos do atual § 1º art. 739-A – isto é, relevância dos fundamentos dos embargos, possibilidade manifesta de o prosseguimento da execução causar ao devedor grave dano de difícil ou incerta reparação e prévia garantia da execução - dependendo disso, conseqüentemente, a suspensão da execução (art. 791, I).

Obviamente, explicam LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, em apontamentos ao art. 578, do CPC, em sua atual redação, a execução (fundada em título extrajudicial) é sempre definitiva.

O que o art. 587, do CPC, pretende disciplinar é o regime que deve ser observado na execução de título extrajudicial. Nesse sentido, busca resguardar a esfera jurídica do executado, submetendo a execução ao regime da execução da decisão provisória (art. 475-O, do CPC), quando pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado recebidos com efeito suspensivo (art. 739-A, § 1º, do CPC).¹⁵

Nesses casos (sentença que julga improcedentes os embargos à execução recebidos com efeito suspensivo), a apelação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo (art. 520, V, do CPC). A execução subordinar-se-á, doravante, independentemente de pronunciamento judicial expresso, à disciplina da execução de decisão provisória, regida pelos arts. 475-O e 587, do CPC. O levantamento de

depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade, conquanto possíveis, pois, condicionar-se-ão à prestação de caução suficiente e idônea (art. 475-O, III, do CPC), que, excepcionalmente, poderá ser dispensada nas hipóteses elencadas no § 2º do art. 475-O, do CPC.

Importante lembrar que, nos termos da dicção do art. 739-A, § 2º, do CPC, não mais subsistindo as circunstâncias que motivaram, a decisão que atribui efeito suspensivo aos embargos poderá ser revisitada, sendo certo que se o Juiz, atendendo manifestação do credor-exeqüente, concluir que a manifesta possibilidade de grave dano de difícil ou incerta reparação não mais remanesce, poderá, liberando-o do âmbito delimitado do art. 475-O, do CPC, determinar que, a partir daí, a execução transcorra em caráter definitivo, isto é, “sem as limitações e condicionantes do regime da execução da decisão provisória”.¹⁶

Nessa contextura, conclui CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

Alguém poderá perguntar se a conclusão a que cheguei no parágrafo anterior só tem cabimento se os embargos tramitaram com o efeito suspensivo concedido com fundamento no art. 739-A, § 1º. A resposta é positiva. Não por força da segunda parte do art. 587, mas, bem diferentemente, porque se os embargos não foram recebidos ou, quando menos, processados a partir de algum instante, com efeito suspensivo, a concessão de efeito suspensivo ao apelo do executado-embargante não tem o condão de manter um tal efeito, isto é, o efeito suspensivo da apelação, concedido com base no parágrafo único do art. 558, embora atue, como qualquer efeito suspensivo, sobre a eficácia da sentença, impedindo a sua liberação imediata, isto é, que eles sejam sentidos desde logo, independentemente do julgamento do recurso contra ela interposto, a sentença de improcedência, em si mesma considerada, não é nem efeito e menos ainda causa da suspensão da execução. Assim, mesmo que

15 - MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 595.

16 - Idem. p. 606.

a sentença dos embargos não possa surtir efeitos, a execução prosseguirá “definitiva”, sem as restrições do art. 475-o, porque, antes do proferimento da sentença e antes da interposição da apelação, nada havia que, juridicamente, impedisse a prática regular dos atos executivos.

O que, em casos como estes, cabe ao executado fazer é requerer, na forma ventilada no número anterior, a suspensão da própria execução, nos termos do art. 791, I, em função do acolhimento de seus embargos. É como se, mesmo após o proferimento da sentença, o juízo, diante dos pressupostos do § 1º do art. 739-A, conceda efeito suspensivo aos embargos.

Para quem discorda desta solução, resta ao executado requerer, perante o Tribunal, que suspenda a execução e uma prova segura de suas razões quanto à necessidade de suspensão é a atribuição do efeito suspensivo da apelação, providência que deverá tomar sob o manto de uma “ação cautelar”, ajuizada com fundamento no parágrafo único do art. 800. Caso contrário, repito o meu entendimento, a mera atribuição do efeito suspensivo à apelação dos embargos não terá, por si só, aptidão de converter a execução definitiva (não havia, na hipótese em exame, efeito suspensivo aos embargos) em execução provisória ou, até mesmo, paralisá-la.

Mesmo que o executado não seja bem-sucedido na sua “ação cautelar” e que, por isto mesmo, sejam praticados atos executivos com a satisfação do exequente, isto não quer dizer que, com o acolhimento de seu apelo ou, se for o caso, com o acolhimento de outros recursos que venham ser interpostos do julgamento da apelação, o exequente não possa vir a ser responsabilizado pela prática de atos que, em última análise, mostraram-se ilegítimos. É disto que se ocupa o art. 574, que fundamenta uma tal pretensão indenizatória. Diferentemente do que se dá com a responsabilização derivada da execução provisória, contudo, a hipótese aqui analisada fundamenta-se em responsabilidade subjetiva do exequente. O provimento dos embargos, ainda que em grau de recurso, contudo, não tem o condão de abalar

a alienação do bem penhorado, quando lavrado o ato de adjudicação ou de arrematação, por força do art. 694, caput. A responsabilização pessoa do exequente, no caso, contudo, é expressamente ressalvada pelo § 2º daquele dispositivo.¹⁷

A resposta ao problema objeto deste estudo, portanto - a partir do enfrentamento, lógico-analítico-sistemático, das premissas inaugurais postas, em perfeito silogismo -, está na atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor.

A suspensividade conferida pelo Juiz à ação incidental dos embargos opostos pelo devedor – o que constituía regra na sistemática procedimental decaída¹⁸ - é determinante para a fixação do caráter da execução na pendência de apelação da sentença de improcedência dos embargos.

Isso porque a constituição da situação jurídica respectiva (oferecimentos dos embargos à execução) se operou na vigência da lei antiga, a ela não se podendo opor (por lhe ser estranha) a lei nova.¹⁹ Assim, se os embargos do devedor foram recepcionados pelo órgão julgador com efeito suspensivo, a execução, não obstante a improcedência daqueles, somente poderá prosseguir, na pendência da apelação contra a respectiva sentença, com os limites e as condicionantes do regime da execução provisória.

6. Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3: comentários sistemáticos à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

17 - Op. cit. BUENO, Cássio Scarpinella. p. 32/34.

18 - O § 1º do art. 739 do CPC, em sua redação anterior, dispunha, a propósito, que “os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo”.

19 - Rememore-se que, consoante a doutrina de GALENO LACERDA, formulada a partir da identificação, por ROUBIER, na situação jurídica, de três momentos distintos (o da constituição, o dos efeitos e o da extinção – o primeiro e o último representam a dinâmica e o segundo, a estática da situação), quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa. Não podendo a lei nova, lado outro, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior (op. cit, p. 2).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 4 ed. rev. e atualizada pela Lei nº 11.382/2006. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

Código de Processo Civil e legislação processual em vigor / Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa; com a colaboração de Luís Guilherme Aidar Bondioli. – 41. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação civil, processual civil e empresarial, Constituição Federal / organização Yussef Said Cahali. – 11. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Freddie. Lei Federal nº 11.382/2006. *Reforma da execução por quantia certa. Crítica à nova redação do art. 587 do CPC*. <http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?Cid=85>, acesso em 3 de janeiro de 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção...[et al.]. *Reforma do CPC 2: nova sistemática processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodríguez; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.



Proteção Penal à Dignidade Sexual

Por José de Siqueira Silva

Advogado criminalista, Mestre em Direito pela UFPE,
Professor de Direito Penal da FAPE, FOCCA e FAREC.

Introdução

O Código Penal, no que tange aos chamados crimes sexuais, manteve-se apegado a valores recebidos como herança cultural do século XIX e início do século XX, em conservadorismo obsolecente.

Em início do século passado o machismo no Brasil era tanto, e a desconsideração ao sexo feminino, que só a partir de 1937 adquiriu a mulher o direito ao voto. Tornara-se eleitora, mas continuaria discriminada se fosse mãe solteira, se perdesse a virgindade antes do casamento. O código foi um produto dessa época, chegado ao nosso tempo tal e qual saiu do nascedouro no tocante ao trato da sexualidade, tornando-se anacrônico na terminologia, na proteção aos bens jurídicos, na desigualdade com que tratava as pessoas de sexos diversos.

A caduque do CP começou a ser reparada em 2005, com a Lei 11.106, que trouxe atualizações como a descriminalização do rapto consensual e da sedução, e a criminalização do tráfico de pessoas de ambos os sexos para fins de prostituição, antes só criminalizado o tráfico de mulheres, como se o homem não se prostituísse fosse insusceptível de exploração sexual. Na atual reforma intentada com a Lei 12.015/2009 prosseguiu-se no ajustamento do Código Penal aos parâmetros do século XXI, escoimando-o das velharias e aprimorando-o, como veremos panoramicamente adiante. Não dava para continuar convivendo com noções e preconceitos do passado,

apropriados aos museus e referencias da história, como a “blindagem” do sexo masculino ao estupro ou a necessidade de proteger a virgindade feminina sob o império da lei penal.

1. Alterações no Código Penal

A Lei 12.015/2009 alterou a nomenclatura do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), redimensionou a proteção penal a bens jurídicos, modificou a composição típica de crimes, a ação penal, a proporcionalidade das penas.

A locução *Crimes Contra a Dignidade Sexual*, mais adequada à expressão do foco de incidência da proteção penal atualmente, substituiu a rubrica do Título VI da Parte Especial, *Dos Crimes Contra os Costumes*, transferindo a tutela penal da moral sexual da sociedade para a pessoa humana em sua dignidade; o estupro passou a considerar-se, também, como violação à liberdade sexual masculina; as expressões *outra forma de exploração sexual* e *para fim de exploração sexual* foram incorporadas no tocante ao lenocínio e ao tráfico de pessoas; a ação penal deixou de ser privada nos casos em que era admitida nos crimes desse tipo, suprimindo-se as hipóteses de extinção da punibilidade pela perempção e pelo perdão do ofendido; a proporcionalidade das penas reajustou-se como na hipótese de estupro com resultado morte em que a pena máxima de 25 anos de reclusão ampliou-se para 30 anos, malgrado a preterintencionalidade, que foi desconsiderada ante a

gravidade da conduta, deixando de amenizar a sanção conseqüente.

No bojo da reforma, a descriminalização convive com a tipificação de novas condutas delituosas. Promoveu-se o rearranjo, a realocização, a fusão, a renominação e a inomininação de certos crimes.

Houve aumento de sanções penais e supressão de hipóteses em que elas seriam agravadas, como na ocorrência de atentado violento ao pudor em concurso material com estupro, agora inviabilizada a incidência do art. 69 do CP com a definição desses crimes no tipo único do art. 213. Assim, por exemplo:

- a) Tornou-se um indiferente penal a conduta que era tipificada no art. 218 do CP, como corrupção de menor, nitidamente destituída de ofensividade ante os padrões que amoldam a sexualidade da juventude em nosso tempo.
- b) Criou-se o crime de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*, no art. 218-A do CP.
- c) Casa de prostituição virou crime inominado na dicção do art. 229. A nova definição legal do crime, referindo a *estabelecimento em que ocorra a exploração sexual*, incorporou o entendimento jurisprudencial e doutrinário segundo o qual motel não é casa de prostituição.
- d) Fundiram-se, entre outras, as definições legais contidas nos art. 215, *Posse sexual mediante fraude* e 216, *Atentado ao pudor mediante fraude* em único tipo, mantido no art. 215 sob a designação inovadora de *Violação sexual mediante fraude*, com pena mais grave e proteção igual à liberdade do homem e da mulher, o que não ocorria antes, ao arripio do que dispõe a CF no art. 5º, *caput* e inciso I.

2. Alterações da Legislação Penal Extravagante

A legislação penal extravagante foi parcamente alterada, sofrendo as mudanças originais ou conseqüências seguintes:

- a) A redefinição do crime de corrupção de menor contido na Lei 2.252/1954, que foi revogada, insculpindo-se esse delito no criado art. 244-B da Lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e

do Adolescente, onde ficou mais adequadamente acomodado;

- b) As realizadas na Lei 8.072/1990, suprimindo-se na relação dos crimes hediondos a referencia ao atentado violento ao pudor, agora contido no estupro, despojado de nome e de artigo independentes, e crescendo-se a esse rol o neonato delito de estupro de vulnerável, que não é tão recém nascido assim, porque resultante de transformação e ampliação do que antes era contido nos crimes contra a liberdade sexual por violência presumida.

Sem alterar o Código de Processo Penal, a Lei 12.015/2009 incursionou pelo processo penal criando o art. 234-B do CP com o intuito nítido de combater a impunidade, ao enunciar: “Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”.

Reduzir-se-á nas cifras negras da criminalidade, o contingente das infrações penais ofensivas à dignidade sexual das pessoas outrora inibidas pelo temor do escândalo a buscar a prestação jurisdicional do Estado.

3. Inconstitucionalidade

A nova redação do art. 213 do CP, trouxe para esse dispositivo as hipóteses de qualificação pelos resultados de lesão corporal e morte, insertas antes no art. 223 do Capítulo IV, que trata das Disposições Gerais. Previa o art. 225, na redação anterior, a ação penal privada como regra para os crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI da Parte Especial do Código Penal, (o capítulo III fora integralmente revogado) e estabelecia que se o crime fosse “cometido com o abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador” a ação penal seria pública incondicionada, nos termos do que assentavam, em sua combinação, o § 1º, inc.II e o § 2º desse mesmo art.225.

Tais hipóteses de ação pública incondicionadas foram abolidas, deixando, de certa forma, ao desamparo as pessoas ofendidas em semelhantes condições já que dificilmente tomarão a iniciativa de representar contra esse tipo de agente.

Não prescrevia que nas hipóteses de resultar do estupro lesão corporal ou morte a ação penal seria pública

incondicionada. Referia, isso sim, às exceções à regra do art. 100 do CP, segundo o qual a *ação penal é pública, salvo quando a Lei expressamente a declara privativa do ofendido*. Referindo à ação penal no crime complexo, o art. 101 do CP assenta: “quando a Lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Na interpretação dos penalistas, “crime complexo é aquele composto de dois ou mais tipos penais” (NUCCI, 2008, p.524). “Considera-se crime complexo aquele em cuja composição, ou cuja especial agravação, figuram fatos que por si mesmos constituem infrações penais” (GARCIA apud. COSTA JR, 2009, p. 395). Os crimes de estupro qualificados pelo resultado de lesão corporal grave ou morte são crimes complexos, perpetrados com violência real, a respeito dos quais o STF sumulou: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada” (súmula 608).

E foi mais explícita ainda a Suprema Corte quando decidiu: “Estupro com violência real é crime de ação pública porque o art. 103 (atual art.101) exclui a incidência do art. 225 do CP, segundo jurisprudência do STF, afastada, pois a alegada ilegitimidade do Ministério Público cabe ao Tribunal a quo prosseguir no julgamento da apelação do réu condenado, relativamente à matéria remanescente” (STF-RE-Rel Xavier de Albuquerque- RT 524/495 in FRANCO, 2001, p.3234)

Embora haja passado despercebida aos penalistas que interpretaram as mudanças introduzidas no CP até a presente data, (JUNQUEIRA, 2009; NUCCI, 2009; GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009), a nova redação do art. 225 do CP afronta a regra da ação penal pública para os crimes de maior ofensividade, como os de que resulta lesão corporal grave ou morte, chocando-se com o que preceitua o art. 101 do CP a cujo preceito ajustava-se esse mesmo art. 225 em sua redação anterior, que deixou *in albis* a questão da ação penal nas mesmas hipóteses de agora.

O conflito entre as duas redações é sutil, mas existe, e prevalece a lei posterior. Há hipossuficiência na proteção penal, ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por

parte do Estado, bem como o da proporcionalidade. A Procuradoria Geral da República, atenta ao desequilíbrio, à desproporcionalidade dos termos do art. 225 do CP com a redação imposta pela Lei 12.015/2009, ingressou junto ao STF, em 17/09/2009, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4301-3/600, protocolada sob o nº 116529, onde fundamentou, à evidência, sua convicção sobre a inconstitucionalidade do novo art. 225 do CP decorrente do estabelecimento de ação penal pública condicionada à representação para as hipóteses de estupro qualificado inseridas nos §§ 1º e 2º do art. 213 do CP com a redação que lhe deu a nova Lei.

O deslocamento das qualificadoras do estupro do Capítulo IV- Disposições Gerais- onde se inseria, no art. 223 ora revogado, para o Capítulo I, e a referência do novo art. 225 aos Capítulos I e II onde a regra de procedimento refere à representação e o parágrafo único estabelece como exceção a ação pública incondicionada para os crimes contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, gera realmente a interpretação de que o novo dispositivo revoga o anterior art.101 no que dispuser em sentido contrário, pondo por terra todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial construído na vigência dos dispositivos anteriores e consubstanciando clara inconstitucionalidade.

Referências

COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal Anotado*. 2.ed. São Paulo: DPJ, 2009.

FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. vol.2.

GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Reforma Criminal de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade Sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



Reserva do Possível e o Mínimo Existencial frente a intervenção do Judiciário no Executivo

Por Maria Célia Alves de Sousa

Advogada e Pedagoga. Formada pela Associação Caruaruense de Ensino Superior (ACES) e pela Universidade de Pernambuco (UPE). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Osman Lins (FACOL). Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes da OAB/PE.

E-Mail: celialves_789@hotmail.com

*“... E a vida? E a vida o que é, diga lá meu irmão!
Ela é a batida de um coração. Ela é uma doce ilusão.
Mas... e a vida? Ela é maravilha ou é sofrimento?
Ela é alegria ou lamento?”*
(Gonzaguinha)

Sumário:

Introdução 1.Estado Assistencialista e o Princípio da Igualdade 2.A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial 3.O Poder Judiciário e sua intervenção no Poder Executivo 4.Considerações Finais. 5. Referências.

Introdução

O primeiro bem maior do ser humano é a vida. E para primá-la em condições dignas de sobrevivência é imprescindível possuir o mínimo necessário. É pré-requisito basilar embasado e defeso na codificação máxima de um Estado, na Lei Maior regente da vida em comum: a Constituição Federal. Em suas primeiras linhas constitui nossa nação como o Estado Democrático de Direitos, consoante o seu artigo primeiro.

Somos assegurados por um Estado de Direito, como delimita-se no Preâmbulo Constitucional à destina-

ção a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A centralização deste estudo baseia-se nos Direitos Sociais delimitados no artigo 6º da Constituição Federal, que consoante afirmação do mestre doutrinador *Pedro Lenza* são Direitos Humanos de segunda geração inspirado na Revolução Industrial europeia, de onde emergiu a busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. E em sendo assim *o Estado passou a ser o promotor da assistência social, garantindo a todos a igualdade nas condições mínimas de vida condizente à dignidade humana. Detém o Estado a responsabilidade pela efetivação do direito a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, todos impregnados e defesos no artigo 6º da Constituição Federal.*

Em contrapartida, quando há omissão no cumprimento de uma obrigação de fazer do Estado, incumbe ao cidadão fazer valer o seu direito garantido constitucionalmente, acionando o poder judiciário, para ver efetivado o cumprimento de uma norma assecuratória de um direito fundamental. Eis o dilema da nossa divergência: É justo

e é de direito o Poder Judiciário intervir obrigatoriamente na esfera do Poder executivo para que este cumpra as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais independente de sua possibilidade? Ao poder público incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência aos direitos subjetivos.

Neste estudo discutiremos os fundamentos basilares que justificam e autorizam a interferência do Poder Judiciário na seara do Executivo para que aja o cumprimento das normas garantidores de direitos subjetivos em detrimento da limitação estatal do princípio da reserva do possível.

1. Estado assistencialista e o princípio da igualdade

O Estado Assistencial tem como característica básica a intervenção estatal nas relações privadas, de forma a atenuar as desigualdades existentes, disponibilizando o necessário para que os indivíduos possam viver. Passou a garantir, portanto, a fruição de prestações por parte do Estado, dando aos indivíduos menos favorecidos acesso à educação, saúde e cultura, entre outros bens materiais.

Ocorre que, com o passar dos tempos, o Estado cada vez mais vem descumprindo com sua obrigação de garantir os direitos constitucionais do cidadão, desvirtuando a sua finalidade.

Para Aristóteles, o princípio da igualdade consistia em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem”. O princípio da igualdade sofreu várias interpretações até os dias atuais, no entanto, para alguns, é o mais importante de todos os princípios constitucionais. No sentido material ou substancial, a igualdade significa o desejável tratamento equânime de todos os homens, proporcionando-lhes idêntico acesso aos bens da vida, conforme leciona Celso Ribeiro Bastos, trata-se da igualdade em sua acepção ideal, humanista, mas que jamais foi alcançada.

O grande estudo do princípio da igualdade deve-se a notável monografia “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” de Celso Antônio Bandeira de Mello, que esclarece em que hipótese pode a lei estabelecer discriminações e em que situações, inversamente, o discrímen legal colide com a isonomia. Segundo as lições do nobre jurista, as discriminações são admissíveis quando houver uma correlação lógica entre o fator de discrímen legal e a desequiparação procedida e que esteja de acordo com os interesses delineados na Constituição Federal. Para o autor, há necessidade da concorrência de quatro elementos, a fim de que não se agrida o princípio da isonomia:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa- ao lume do texto constitucional- para o bem do público.

Neste passo, a intromissão do Poder judiciário, no sentido de dar efetividade ao direito à saúde, pode incorrer em desrespeito ao princípio da igualdade.

Diante de todo este aparato, é o Estado o promissor da efetivação dos direitos sociais. Tem a função prescricional de tornar a nação justa e igualitária, e só a tornará concreta se garantir o direito fundamental subjetivo, caso contrário se tornará obsoleto e desumano, ocasionando uma disparidade entre os direitos constantes da Lei Maior e a desoladora realidade brasileira.

2. A reserva do possível e o mínimo existencial

2. A reserva do possível e o mínimo existencial

Deparamo-nos com uma realidade cotidiana, em que o direito subjetivo/necessidade se contrapõe ao Estado/possibilidade. Em linhas gerais, o princípio da reserva do possível, baseia-se na necessidade de previsão orçamentária que é um dos problemas apontados, muitas vezes, como um limite à atuação do Estado para a efetiva-

ção de direitos sociais. Diante desta limitação de previsão orçamentária para realização de despesas públicas, o administrador acoberta-se com o manto protetor da constitucionalidade denominado *Reserva do Possível*, para assim não cumprir um direito fundamental do indivíduo também protegido constitucionalmente. Mas esta *é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores.*

É imprescindível destacar a importante *decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, vejamos:“(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria constituição da república (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.* Portanto, como ficou demonstrado, “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevante e de observância indispensável para a análise da questão, não basta para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal”.

Vale salientar algumas considerações da Procuradora Leni Pereira da Silva, que com muita sapiência destaca em sua monografia intitulada “Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível” a importante discussão do Mínimo Existencial, vejamos: “Existe uma corrente, integrada por juristas e júrís-filósofos, que defende a tese que o Estado deve garantir o “*Mínimo Existencial*”, ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse piso. Dizem, ainda, que esse mínimo depende da avaliação do binômio *necessidade/capacidade*, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países, *por força do princípio da dignidade humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial*, que significa um direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de ter saúde.

Duciran Van Marsen Farena, citado pelo juiz fede-

ral George Marmelstein Lima nos autos da ação civil pública nº 2003.81.00.009206-7, promovida pelo Ministério Público Federal em face da União, do estado do Ceará e do município de Fortaleza perante a 4ª vara federal de Fortaleza-CE, argumenta: “*as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. o que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se “em verdadeira razão de estado econômica, num ai-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-constituição, contra tudo o que a carta consagra em matéria de direitos sociais”* (Farena, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. in: boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997, p. 12/14).

3. O Poder Judiciário e sua intervenção no Poder Executivo

É pacífico nos Tribunais o entendimento de que o Estado tem a obrigação de fazer e atender às necessidades referentes aos Direitos Sociais garantidos constitucionalmente, não sendo mais possível ao executivo acobertar-se sob o manto da impossibilidade demonstrada nas suas reservas econômicas/orçamentárias. A discussão atual, apenas versa sobre a maneira e os meios delimitadores para a efetivação da imposta obrigação de cumprir um princípio/norma pré-estabelecida e garantida.

É de extrema importância priorizar a *decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF 45 MC / DF - Distrito Federal, vejamos:“: EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental.*

Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “Reserva do Possível”. necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade

do núcleo consubstanciador do “Mínimo Existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos Constitucionais de Segunda Geração). DECISÃO: (...) Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “Desrespeito À Constituição - Modalidades De Comportamentos Inconstitucionais Do Poder Público. - O desrespeito à Constituição - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante *inércia governamental*. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados.

Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstenendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non prestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que

pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.....” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

4. Considerações Finais

Destarte, há que se concordar com a afirmação de SANDOVAL ALVES DA SILVA de que “as normas constitucionais sobre direitos fundamentais obrigam o legislador a criar as respectivas leis que fixam as prestações positivas e o administrador a oferecer os serviços e prestações para a realização dos direitos constitucionais” (2007:196).

E, se obrigam, devem ser atribuídos efeitos jurídicos à omissão do Executivo e do Legislativo nesse sentido. É também inaceitável que o cumprimento das decisões judiciais que tutelem direitos fundamentais fique subor-

dinado à prévia existência de recursos orçamentários. Como nos ensina MARCOS GOMEZ PUENTE, para ele, a Administração está obrigada a incluir no orçamento os recursos necessários para o atendimento a tais decisões judiciais, de modo que seria inconstitucional a legislação orçamentária que as omitisse, caracterizando-se, portanto, um direito à medida legislativa concreta. Inúmeras foram as discussões e impecilhos ao cumprimento de preceitos fundamentais do indivíduo e a obrigação do Executivo, mas que atualmente não há mais o que se cogitar, tendo em vista a consagração pelo órgão máximo da justiça, o STF, declarando que o Estado é devedor no descumprimento das garantias fundamentais do cidadão, restando apenas a este a possibilidade de discutir como irá concretizar seu dever obrigacional.

A não efetivação dessas normas caracteriza uma aberração à Constituição Federal, gerando uma Inconstitucionalidade por Omissão. Grandes passos foram dados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000) e com a regulamentação plena de um direito, conforme foi feito com a educação, na Lei Darcy Ribeiro (Lei n.º 9394, de 20 de dezembro de 1996), normas que invocadas, implicam, com a determinação dos meios jurídicos para a efetivação de um direito, sanções (como a responsabilização administrativa) para os agentes públicos que não cumprirem os agora expressos comandos legais.

Resta a nós operadores do direito e ao sujeito de direitos, com firmeza e fundamento constitucional, já consagrado no Tribunal Supremo brasileiro, utilizar os writs constitucionais previstos, como o Mandado de Injunção, a Ação Popular e inúmeros outros que, mesmo não surtindo efeitos imediatos, face à interpretação de seu objeto dada pelos tribunais, invoca-los constantemente, amenizando assim as resistências por parte dos operadores jurídicos. É imprescindível à efetivação da norma do dever ser, a punição para todo ato contrário que desvirtue, impossibilite, dificulte ou negue um direito líquido e certo do cidadão.

5. Referências

Livros

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro:Campos, 1992.

KRELL, Andréas J.. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. 25-60p

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

Monografia

Leni Pereira da Silva – *Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível*.

Artigos

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>>. Acesso em: 09 jun. 2009 .

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 09 maio. 2008.

Legislação

Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000).
Constituição Federal – 1988

Jurisprudência do STF
ADPF 45 MC / DF - Distrito Federal
Medida Cautelar Em Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental
Relator(a): Min. Celso De Mello
Julgamento: 29/04/2004



Constituição e Direito Penal

Por Roque de Brito Alves

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal da Faculdade Maurício de Nassau (Recife) e do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Advogado.

Sumário

I – Introdução. II – Princípios Penais Constitucionais. III – “Constitucionalização” do Direito, Penal e não “Penalização” da Constituição. IV – Alguns Princípios Fundamentais

I – Introdução

1 – Infelizmente, no Brasil, a Constituição existe mais para ser violada e não aplicada, o que ocorreu, historicamente, desde a Constituição Imperial de 1824 (imposta pelo Imperador D. Pedro I), inventando-se, assim, em nosso país, uma nova espécie de estupro: o estupro constitucional... Ainda, como fato inédito nas nações civilizadas, tivemos três Constituições em um período de doze anos: a de 1934, a de 1937 e a de 1946!... quando, por sua própria natureza e finalidade, são promulgadas para um longo período de tempo como a norte-americana de 1776 e a lei maior inglesa, que data de 1215. Afinal, logo depois de iniciada a sua vigência passa a ser objeto de várias emendas, o que vem ocorrendo com a atual de 1988.

2 – A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, sem dúvida alguma, consagrou princípios universais que existem agora como princípios ou garantias constitucionais de direitos individuais em diversos países (Constituições da Itália, Alemanha, Espanha, Portugal), como seus pressupostos evidentes, inegáveis.

3 – Entendemos que uma Constituição é mais uma Carta de Direitos, jurídica e politicamente, que uma Carta de Poderes, como sustentam alguns constitucionalistas.

Em verdade, lógica, jurídica e politicamente, a Constituição de um Estado Democrático de Direito somente pode ser uma Carta (ou Constituição) mais consagrada de direitos individuais e sociais, jamais legitimadora somente de poderes, os quais, por si mesmos, são limitados pela Lei Maior, que basicamente significa ou traduz uma restrição ou contenção dos mesmos em favor do cidadão.

4 – Ainda em análise doutrinária, sob síntese, destacamos:

a – O Direito Penal é potencialmente criado ou oriundo da Constituição pois a Lei Maior determina os seus fundamentos assim como fixa os seus limites, portanto é inegável a necessidade de elaboração e exposição de princípios penais constitucionais em função de suas bases constitucionais. Em conseqüência, o jus puniendi do Estado – mais “um poder de punir” do que “um direito de punir” estatal, em nossa compreensão – é limitado pelo próprio limite que a Constituição estabelece para o Estado.

Esta necessidade é imposta, em primeiro lugar, por tratar-se do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, sob a premissa maior que no mesmo a Constituição é mais uma “Carta de Direitos” que “Carta de Poderes”, conforme já salientamos. Em segundo lugar, pela

íntima relação entre os valores ou bens jurídicos que a norma penal tutela (vida, liberdade, honra, patrimônio, etc.) e os valores fundamentais do homem e da sociedade que estão garantidos pela Constituição, em relações bem evidentes nas lições de penalistas e constitucionalistas contemporâneos.

Incontestável, assim, que a legitimidade e o conteúdo das normas penais originam-se diretamente dos princípios ou normas constitucionais e tanto a Constituição como o Direito Penal tutelam ou protegem, antes que tudo, os direitos humanos fundamentais e os valores sociais mais legítimos ou necessários, com a Constituição sendo sempre a fonte e o próprio limite do Direito Penal.

Por outra parte, entendemos que em verdade a expressão “Estado Democrático de Direito” atualmente não se reveste de um aspecto somente formal – como “Estado Formal de Direito” – e sim em termos de um Estado Protetor dos Direitos Fundamentais, com a sua Constituição como uma “Carta de Direitos” - a partir do princípio básico da dignidade humana -, com o Direito Penal tendo como missão verdadeira a proteção dos bens jurídicos e dos valores ético-sociais, e assim o crime é a conduta violadora do que é fundamental para a sociedade em termos de bens jurídicos ou de valores.

Em síntese entendemos o Estado Democrático de Direito como um Estado Constitucional de Direito.

b – Também, em síntese, na problemática, como idéia importante, argumentamos que todas às vezes em que tanto os princípios constitucionais como as normas penais tutelam ou amparam as liberdades ou garantias individuais ocorrerá, como seu efeito imediato, em sentido inverso, uma restrição ao poder de punir do Estado. Igualmente, como outro corolário ou efeito uma tutela de um maior número de valores ou de bens jurídicos, uma ampliação a tal respeito desde que o poder de punir estatal não incidirá sobre os mesmos. Em consequência, mais uma vez a tutela penal condicionada à tutela constitucional, a princípios constitucionais que assim são propriamente, especificamente penais e caso ocorra o contrário isto é, norma penal sem origem ou conteúdo constitucional o efeito natural, comum inegável será a inconstitucionalidade de norma penal que foi elaborada.

II – Princípios Penais Constitucionais

Com fundamento nesta nossa argumentação, podemos citar como princípios penais constitucionais o da legalidade dos crimes e das penas (“nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”) o da culpabilidade, o de humanidade, os de personalidade e individualização da pena, o da retroatividade de lei penal mais benigna (como exceção pois o princípio geral é o da irretroatividade da lei penal), intervenção mínima, o da adequação social, o da insignificância, etc. todos em nossa compreensão como características ou em razão da própria estrutura ou natureza de um Estado Democrático de Direito.

São princípios ou valores penalmente tutelados que estão relacionados intimamente com os princípios ou valores constitucionais como a liberdade, igualdade, dignidade da pessoa, humanidade, justiça, proporcionalidade, etc. como informadores e norteadores das normas ou princípios penais.

III - “Constitucionalização” do Direito Penal e não “Penalização” da Constituição

Particularmente, tendo-se em vista tal limitação e tais relações entre normas ou princípios penais e normas ou princípios constitucionais, argumenta-se até que existe uma “Penalização da Constituição” vigente devido às várias cláusulas penais que apresenta em diversos incisos do seu art. 5º, como, por exemplo, a punição dos atentados aos direitos ou liberdades fundamentais, o racismo como delito inafiançável (ao lado de outros crimes), a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a repressão ao abuso do poder econômico, a imprescritibilidade de certos crimes, a abolição de certas penas, as espécies de penas, a indenização pelo Estado de condenado por erro judiciário, etc.

Temas penais, alias, sempre existiram em nossas constituições desde a Imperial de 1824 que foi a primeira em nosso país. Entendemos ao contrário que mais propriamente pode falar-se ou tratar-se de uma “constitucionalização” do Direito Penal e não de uma “penalização” da Constituição, tendo-se em vista o que já foi exposto no presente trabalho e porque representaria uma inversão total de nosso sistema jurídico.

Iv – Alguns Princípios Fundamentais

a) É incontestável que existe uma verdadeira Carta Penal dentro da Constituição de 5 de Outubro de 1988, pela extensa matéria penal e processual penal que se encontra no seu art. 5º, em um texto imenso com 77 incisos, o que é também inédito perante as outras constituições contemporâneas, parecendo até uma outra Constituição em tal artigo.

Em conseqüência, existe uma verdadeira lei penal constitucional superior ou eliminadora, de plano, de qualquer lei penal ordinária comum que a contrarie, que lhe seja diversa.

A citada matéria constitucional, com as suas inúmeras garantias materiais – e não somente formais, processuais – consagra uma clara e categórica limitação de criminalização (tipificação) tendo como seus pressupostos os princípios universais da Declaração da ONU de 1948, a partir do seu princípio da legalidade dos crimes e das penas.

Formalmente, sob outro aspecto, limitado constitucionalmente fica o denominado “jus puniendi” do Estado, em uma tal contenção que fica reduzido, assim, a um Poder de Punir (“potentia puniendi”) e não a um verdadeiro “Direito de Punir (“jus puniendi”) do Estado como Sujeito de um direito subjetivo de punir, cujo titular seria o Estado, o que, portanto, fica negado, segundo doutrina penal contemporânea atenta a tal limitação constitucional.

Aliás, dita matéria penal e processual penal em textos constitucionais sempre existiu historicamente. As suas raízes históricas são encontradas na Magna Carta da Inglaterra de 1215, na Constituição dos Estados Unidos de 1776, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França (Revolução Francesa) de 1789 e, atualmente, nas principais constituições, elevando-se à categoria de princípio constitucional o que seria simples matéria de legislação penal ou processual ordinária, comum, para uma maior garantia do cidadão e limitação do poder estatal, sobretudo na aplicação da Justiça Criminal.

b) Consideramos que são cinco (5) os princípios mais importantes da Constituição de 1988 em matéria pe-

nal e processual penal: 1. O da Legalidade dos Crimes e das Penas; 2. O do Devido Processo Legal (“Due Process of Law”); 3. O de Presunção de Inocência; 4. O do Contraditório Penal; 5. O da Amplitude de Defesa.

1. O da Legalidade dos Crimes e das Penas foi enunciado em sua fórmula latina (sempre citada) por Feuebach, na ed. de 1847 de seu “Tratado”: “Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale”, tendo a sua origem histórica no art. 39 da Magna Carta da Inglaterra de 1215 (Magna Charta Libertatum – o seu texto definitivo é de 1297):

“Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos, nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pela lei da terra (“nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”, no texto final em latim)”. No texto final em inglês (muito citado, porém a Magna Carta foi redigida em latim): “...except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”

A Magna Carta de 1215 foi o resultado da revolta dos nobres ingleses contra o Rei João Sem Terra (King John Lackland), obrigado a assiná-la, protegendo, porém, todos os cidadãos (“No free man shall be...”). Na Inglaterra, para a maior proteção dos direitos individuais, foram obtidos do Rei (como que complementando os direitos adquiridos com a Magna Carta de 1215), posteriormente, outros textos fundamentais de declaração de direitos, como sejam: “The Petition of Rights”, 1689, em um grande conjunto normativo de proteção do cidadão, ainda em vigor, tudo isso mais de 100 anos antes da Revolução Francesa de 1789, que é considerada, em geral, a consagradora da liberdade do cidadão perante a opressão do Estado.

Sem dúvida, o verdadeiro espírito ou significado da Magna Carta é o de que ninguém por mais poderoso que seja, por mais privilégios que tenha pode estar acima da Lei, pode ser superior a Lei.

Especificamente, em relação ao princípio da legalidade dos crimes e das penas, entendemos que o mesmo é de legalidade penal como garantia de legalidade da incriminação.

minação (tipificação) e, igualmente, sob outro aspecto, tal legalidade significa formalmente que a lei penal é somente a oriunda (única fonte) do poder constitucionalmente competente para formulá-la, para a sua elaboração, isto é, o Poder Legislativo. Assim sendo, a lei penal somente pode ter um significado formal (o mais puro, em nosso compreensão), excluindo, por si mesma, ou proibindo qualquer outra fonte no âmbito do Direito Penal, sobretudo geradora de crime ou de pena, a começar pela analogia “in malam partem”.

Portanto, de qualquer modo, sob qualquer aspecto, material ou formal, é nossa tese ser o princípio da legalidade dos crimes e das penas um princípio de garantia e, sendo uma garantia de legalidade constitucional, por sua própria natureza, juridicamente está incluindo matéria penal e processual penal.

Por outra parte, a nossa tese é de que o citado princípio, como garantia (tese de garantivismo, ou tese de garantia), apresenta um aspecto político e um aspecto jurídico como se fosse uma moeda de duas faces. Ou seja: politicamente, o princípio representa uma manifestação do direito de liberdade (“jus libertatis”) do cidadão contra ou perante o direito de punir do Estado (“jus puniendi”) - o qual, em verdade, conforme já esclareceremos, é mais um “poder”, “potentia puniendi” que um “direito de punir” -, que fica limitado, não sendo absoluto, despótico, arbitrário, tem e deve ser dentro da lei. Por sua vez, juridicamente, o princípio delimita a área do ilícito penal e da respectiva cominação, dando a certeza jurídica do crime e da pena, particularmente ao repelir, de plano, a analogia “in malam partem”, assim como qualquer outra fonte criadora de delito ou de sanção.

Aliás, compreensão ou tese nossa citada por Jescheck – o maior penalista contemporâneo -, em seu já clássico “Lehrbuch Des Strafrechts Allgemeiner Teil”, 5ª ed., 1996, pág. 133, quando analisa “Die Garantiefunktion” da matéria.

Apresentava-se, portanto, o princípio como exigência insubstituível tanto de certeza ou de segurança jurídica em matéria penal como de certeza de liberdade, de garantia de liberdade do cidadão, proibindo, logo, como seus efeitos maiores a analogia no campo penal, a retroatividade da lei penal (com a exceção constitucional de se

for para beneficiar o acusado), o costume como fonte de Direito Penal. Ainda, estabelecendo, por outra parte, sob aspecto importante, que os tipos penais em sua definição, que a incriminação seja certa, determinada do fato punível, impedindo os abusos, o puro arbítrio judicial.

Pode, então, o princípio ser considerado como a determinação, substantiva, material e também formal de auto-limitação do Estado Democrático em matéria penal, vinculado-se ou submetendo-se o poder incriminador e punitivo estatal às rígidas imposições legais, punindo-se sempre dentro da Lei. Somente os regime totalitários de direita ou de esquerda – como ocorreu ao tempo de Hitler ou logo após a vitória da Revolução Comunista de 1917 – rejeitam o princípio da legalidade dos crimes e das penas.

2. O do Devido Processo Legal (“Due Process of Law”) não é originário (como se pensa ou se afirma muito) da Constituição dos Estados Unidos de 1787 (antes a Declaração da Independência de 1776, formulada ou redigida por Thomas Jefferson, e a do Estado de Virginia de 1776), porém de lei inglesa, de Ato do Parlamento de 1354, que introduziu pela primeira vez a expressão “due process of law”, estendendo as garantias da Magna Carta além da nobreza, a todas as pessoas” do Reino ao determinar que “No man” -, isto é, “ninguém”, “nenhuma pessoa” – seria processado ou sofreria restrição em seus direitos a não ser “by due process of law”.

Discute-se na doutrina constitucional e na jurisprudência criminal (e também na interpretação da Constituição) se o princípio refere-se a um direito de natureza, de legalidade penal ou de legalidade processual, sendo inegável que na Inglaterra e nos Estados Unidos tem sido considerado como de garantia processual e não material (“substantive law”), verdadeiramente como uma garantia perante o Juízo, como se fosse um “procedural due process of law” e não um “substantive due process of law” isto é, para tutelar o direito material, uma legalidade penal constitucional e não formal.

Em verdade, pode ser sustentado que no princípio do devido processo legal estão implícitas (contidas, incluídas) a garantia da amplitude de defesa e também, a garantia do contraditório penal como, ainda, a garantia de igualdade das partes perante o juiz natural e, afinal, a garantia de imparcialidade do juiz processante, o que tem

sido acolhido inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Acrescentaríamos, em tal sentido, a presunção de inocência como outra garantia.

Admissível, assim, a nossa tese de redução dos cinco princípios fundamentais em favor do cidadão – e particularmente de acusado no âmbito criminal – a dois somente:

a) O princípio da legalidade dos crimes e das penas

b) O princípio do devido processo legal.

Ou seja: processo criminal, ação penal que tenha como fundamento acusação por fato típico (fato punível legalmente previsto) e que formalmente atenda a todas as exigências legais, o que implica em eliminação de presunção de culpabilidade, possibilitando igualdade das partes do processo, sobretudo na apresentação ou produção de provas.

3. O Princípio de presunção de inocência significa, essencialmente, que a culpabilidade de acusado só pode ser reconhecida se devidamente comprovada; é princípio de não-culpabilidade.

Com efeito, tecnicamente, alguém somente pode ser considerado “culpado” depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra a sua pessoa.

Este princípio constitucional de não culpabilidade faz com que o suspeito, o indiciado, o denunciado, o preso por prisão preventiva, o simplesmente pronunciado não possa ser considerado como “culpado”, seja qual for o crime que se lhe impute, atribua. Somente em seu significado técnico-processual com a certeza de culpabilidade (evidenciada por prova estreme de dúvida a respeito) exposta na sentença condenatória (que formalmente irá transitar em julgado, tornar-se definitiva), pois indícios (leves, vagos ou veementes, suficientes) de culpabilidade, de autoria criminal podem legitimar uma denúncia, pronúncia ou prisão preventiva, o que juridicamente não é admissível em uma sentença condenatória que só pode ter como base uma prova de culpabilidade como sinônima de certeza a respeito. É uma argumentação técnico-processual que fundamenta ainda mais o princípio constitucional, atualmente

universal pela Declaração da ONU, já citada. Infelizmente, em nossos dias, no Brasil, a presunção tem sido mais de “culpabilidade” que de “inocência” de acusado, pois basta alguém ser indiciado ou denunciado para, sobretudo na opinião pública, ser julgado apressadamente como “culpado”, por pressão ou influência da mídia, da imprensa ou da televisão em seu noticiário sobre o fato, muitas vezes ocorrendo um verdadeiro “linchamento moral” do acusado, antes mesmo de qualquer processo ou ação penal ou decisão do Poder Judiciário a respeito.

Ainda, infelizmente, não são poucas as decisões de tribunais em que o princípio é desprezado ou interpretado diversamente, não se lhe concedendo o devido valor de garantia constitucional, de princípio universal previsto na Declaração do Direitos Humanos da ONU de 1948, essencial em um Estado Democrático de Direito e para uma isenta ou imparcial Justiça Criminal.

4. Os princípios de amplitude de defesa e do contraditório penal estão intimamente relacionados, sobretudo em termos de apresentação ou produção de prova e de uso de todo e qualquer recurso ou medida legal em favor do acusado, possibilitando-se que as partes do processo tenham direitos iguais, ampliando-se até os que são concedidos à defesa.

Qualquer restrição ou cerceamento de defesa em tal sentido irá anular a ação penal, o que é admissível inclusive pelo uso do remédio heróico do habeas corpus, mesmo após sentença condenatória, como nulidade absoluta, que pode ser argüida a qualquer tempo, até em revisão criminal, pois não existe – em teoria predominante – a denominada preclusão em matéria constitucional. Em nosso entendimento, o princípio da amplitude de defesa mais do que em seu aspecto jurídico, é, em seu significado político, que é bem relevante ou bem consagrador do direito de liberdade do cidadão perante o poder de punir do Estado, em uma acusação perante Justiça Criminal, pois lhe facultava uma maior possibilidade de ação (ou reação) de defesa que a do próprio órgão acusador (o Ministério Público, em geral), sem restrição alguma em tal sentido, a não ser – como é óbvio – os recursos ou meios moralmente e legalmente inadmissíveis, ilícitos.



A expansão da Jurisdição Constitucional

A Antevisão de Pinto Ferreira sobre a
Expansão da Jurisdição Constitucional

Por Walber Agra

Walber de Moura Agra. Mestre pela UFPE, Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze; Pós-Doutor pela Università Montesquieu Bordeaux IV; Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Professor Visitante da Università degli Studi di Lecce; Professor Visitante da Università Montesquieu Bordeaux IV; Diretor do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais; Membro Correspondente do CERDRADI – Centre d’Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado da Pernambuco. Advogado.

Pinto Ferreira foi um dos mais notáveis constitucionalistas do seu tempo. Professor responsável pelo desabrochar de várias gerações de cultores da Constituição, impregnou suas atividades pelas marcas indelévels de sua vasta cultura e de seu senso de humanista. Configurou-se como um luminar da cultura jurídica no Brasil, seja adotando as teses mais inovadoras desenvolvidas no além-mar, seja pugnado pelo retorno das luzes da democracia estorvada pelo Golpe de 1964.

Dotado de um fecundo refletir sobre a natureza das coisas, prodigalizou uma extensa obra sobre os mais variados matizes do Direito. Passeou com galhardia pelos mais distintos rincões do fenômeno jurídico, como o direito constitucional, o direito agrário, o direito eleitoral, o direito processual civil etc. Pelo seu profundo conhecimento, era o que podíamos realmente chamar de jurisconsulto, aquele que detinha as técnicas jurídicas de modo fecundo, servindo sua lavra teórica como standard para uma constelação de operadores jurídicos.

Com relação à expansão da jurisdição constitucional, anteviu, antes do que toda a doutrina brasileira, o

evoluir do *jus dicere* constitucional. Em seu primeiro livro, “Novos Rumos do Direito Público”, o então jovem desbravador das intempéries intelectuais afirmou de forma lapidar: “a autonomia constitucional perante o direito das tentes caracteriza o Estado. Aliás, empregamos tal termo no sentido de soberania relativa, condicionada.

E fazemos uso do termo autonomia constitucional perante o direito das gentes ou, simplesmente, competência do estado, por ser mais preciso e técnico.”¹ Ou seja, já nos idos de 1937, fazia a sua profissão de fé que a autonomia constitucional seria uma realidade, adquirindo a Carta Magna o signo de pacto vivencial da sociedade.

Mais tarde, afirmou que o meio social e histórico exercem uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica,² no que expressamente defendeu que a força normativa deveria andar em simetria com a conjuntura fática, sob pena de sua depreciação jurídica.

1 - FERREIRA, Pinto. *Novos Rumos do Direito Público*. 2 ed., Recife: Editora da SOPECE, 1998. P. 182.

2 - FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 9.

Portanto, Pinto Ferreira ao sustentar que a jurisdição constitucional ostenta autonomia e deveria se adequar a realidade fática constrói os dois pilares essenciais que vão ser posteriormente desenvolvidos pela teórica nacional no intento de densificar os mandamentos constitucionais.

2. Jurisdição Constitucional como Instrumento do Estado Democrático Social de Direito

A jurisdição constitucional é um instrumento inelével para a realização das finalidades do Estado Democrático Social de Direito. Em todos os continentes, em maior ou menor grau, há um elastecimento das decisões judiciais para atender as demandas sociais.

Não se pode mais pensar na divisão de poder nos moldes clássicos, para atender as cominações da Carta Magna, a jurisdição constitucional tem que ter um posicionamento mais atuante, muitas vezes entrando em searas que secularmente eram de competência de outros poderes. Daí a necessidade imperiosa de se estudá-la.

A etimologia da palavra provém da soberania estatal, traduzindo-se na prerrogativa de concretizar o direito substantivo.³ A função da jurisdição é robustecer o princípio da soberania, que indiscutivelmente se configura como um apanágio inerente ao Estado. A soberania representa a mais alta autoridade, o poder supremo dos entes estatais que é personificado nos dispositivos legais, constituindo-se na “verdade específica” do Estado.⁴

Explica o Professor Pinto Ferreira que a soberania é a propriedade de ser de uma ordem suprema e, em razão dessa supremacia, se configura como independente nas suas relações com as pessoas de existência exterior.⁵ Ao ser incumbido de garantir a efetividade de um ordenamento jurídico através da jurisdição, o Estado está manifestando a soberania que lhe é inerente.⁶

O conceito de jurisdição constitucional, na acepção brasileira, ou *giustizia costituzionale* como preferem os italianos, ou *constitution adjudication* como a denominam os norte-americanos, ou *jurisdiccion de la constitucion* como denominam os espanhóis, ou *verfassungsgewalt*, como denominam os alemães, configura-se

de difícil definição, haja vista que já na sua formação abriga dois conteúdos semânticos de difícil precisão: jurisdição e Constituição. No seu sentido objetivo a dificuldade é estabelecer o que é uma matéria constitucional, pois essa é ampliada por uma Lei Mater de extensão analítica como a brasileira, por motivo de se tentar garantir uma determinada estabilidade jurídica. Do ponto de vista subjetivo, a dificuldade consiste em delimitar a extensão de quem pode exercê-la, com a finalidade de evitar choques entre as instâncias diversas, em virtude de que o ordenamento brasileiro permite o seu exercício, tanto através do Supremo Tribunal Federal, quanto das instâncias judiciárias inferiores.

Biscaretti di Ruffia, que foi professor na Universidade de Milão, afirma que em senso objetivo a jurisdição constitucional abrange as funções constitucionais que têm a finalidade tutelar os direitos e interesses pertinentes à matéria constitucional; em senso subjetivo, está a indicar um órgão diverso da magistratura ordinária, para exercer essa função, geralmente com um procedimento diferente do utilizado pela jurisdição comum (afirmação válida apenas para os países que instituíram um tribunal constitucional).⁷

Segundo Pedro Cruz Villalón, a jurisdição constitucional passou por um processo de desenvolvimento para assumir a sua atual feição. A derivação mais antiga da jurisdição constitucional é aquela política, denominada de jurisdição política, encontrada nos países europeus, que tem um nascimento anterior à jurisdição jurídica. Ela tinha a finalidade de pacificar as relações entre os sujeitos políticos, representantes de uma estruturação de poder, através do arbitramento das suas litigâncias por uma câmara ou uma assembléia. Em um segundo momento, ela se encontra preocupada em sedimentar

3 - Ensinando Pontes de Miranda: “Anteriormente, nos comentários ao início do Código de Processo Civil, ao tratarmos do princípio da pretensão processual dirigida ao Estado, frisamos que a expressão “jurisdição”, no sentido de todo o poder público, seja legislativa, seja judiciária, seja executiva, revela conteúdo medieval. O sentido exato é o de poder dizer o direito (*dicere jus*), razão por que se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de “dizer” (*dictio*) qual a regra jurídica, o *ius*, que incidiu”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed., Tomo I, Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 78.

4 - PAUPERIO, Machado A. *Teoria Geral do Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 136.

5 - FERREIRA, Pinto. *Novos Rumos do Direito Público*. 2 ed., Recife: Sopece, 1998. P.122.

6 - BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. P. 75.

7 - RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*. 7 ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. P. 556.

a sua supralegalidade, estabelecendo que as leis infraconstitucionais devem se subordinar aos parâmetros da Constituição, firmando o controle de constitucionalidade. E em um terceiro momento, ela é associada à jurisdição dos direitos fundamentais, configurando-se como um instrumento para a sua concretização, realizando o reforço da tutela de determinados direitos.⁸

O conceito de jurisdição constitucional, algumas vezes, é estabelecido com a mesma definição de garantias constitucionais, refletindo que o seu escopo maior é assegurar os direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a extensão do conceito de jurisdição constitucional se resume a garantias constitucionais, para simbolizar a importância que os direitos fundamentais assumem no ordenamento jurídico. Essa perspectiva, ao restringir a amplitude do conceito de jurisdição constitucional, descarta importantes esferas de sua atuação, o que não contribui para a sua integral percepção.

A jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática. Esta exprime a intenção de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do arrefecimento de sua força normativa.

Esse conceito, como a terminologia já esclarece, tem como finalidade a concretização das normas contidas na Constituição Federal, impossibilitando a sua atuação na concretização de normas infraconstitucionais. Esta última função pode ser implementada pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

Destarte, seu alcance abrange toda a prestação jurídica compreendida nos dispositivos constitucionais, garantindo o princípio da universalidade de jurisdição e, conseqüentemente, resguardando o Estado Democrático Social de Direito. Se a jurisdição constitucional não for realizada segundo os parâmetros do regime democrático e dos direitos fundamentais ela deixa de ser um esteio do Estado Democrático Social de Direito e passa a ser uma chancela da arbitrariedade.

Com o advento do Estado Social o conceito de jurisdição constitucional tem sofrido substanciais modi-

ficações, apartando-se de sua definição tradicional de *jurisdictio*, fundada no direito positivo, formatada dentro da distinção entre produção normativa e aplicação judicial.

A jurisdição constitucional ganha novo relevo com as demandas sociais de um Estado cada vez mais complexo, que exige um direito principiológico, decretando a falência da exclusividade do Direito legislativo, levando em conta princípios que mantêm a sincronia do ordenamento com a sociedade. Há um maior espaço de elaboração para as decisões judiciais, sendo os juízes levados muitas vezes a colmatar uma lacuna jurídica, para manter a eficácia da Constituição e a completude do ordenamento jurídico.

Apesar de a jurisdição constitucional ganhar mais força nos países que instituíram um Tribunal Constitucional específico, na sistemática adotada pelo Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal tanto exerce a jurisdição constitucional, quanto funciona como última instância da jurisdição ordinária, ela também exerce uma importante função, no sentido de assegurar proteção para os dispositivos constitucionais, velando pela sua concretização.

A jurisdição constitucional compreende, além do controle de constitucionalidade, a regulamentação do processo de *impeachment*; os conflitos de atribuições; as garantias processuais contidas na Constituição; a tutela dos direitos fundamentais; a estruturação do Poder Judiciário; o delineamento do sistema federativo de Estado; a criação de partidos políticos; as normas do regime político etc.

Dentre todas essas atividades, uma das mais relevante, de forma clara, é o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, com a finalidade de garantir a supralegalidade das normas constitucionais.

De forma esquemática, podemos dizer que a jurisdição constitucional compreende as seguintes atividades: a) proteção e garantia de concretização dos direitos fundamentais; b) controle de constitucionalidade das

8 - VILLALÓN, Pedro Curz. *La Curiosidad Del Jurista Persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. P. 489-491.

normas e atos normativos; c) controle e fiscalização do sistema eleitoral, englobando os institutos da democracia participativa, como o plebiscito e o referendo, com o escopo de velar pela lisura das eleições; d) funcionamento como instância judiciária, para assegurar o equilíbrio federativo, solucionando os litígios entre os entes componentes do Estado; e) demarcação dos limites de incidência das competências dos entes federativos; f) controle dos poderes públicos para que eles possam atuar com eficiência e atender ao bem comum da sociedade.

2. Densificação da Jurisdição Constitucional

A jurisdição constitucional representa um dos pilares básicos para o estabelecimento do Estado Democrático Social de Direito adquirindo um papel imprescindível para a concretização dos dispositivos constitucionais, ultrapassando, por causa desse motivo, os modestos limites de sua atuação atribuída por Montesquieu.⁹ Devido ao relevante papel que ocupa no ordenamento jurídico, o aumento das prerrogativas da jurisdição constitucional representará o incremento nas funções da jurisdição ordinária.

Atualmente, assiste-se a um aumento no exercício das funções judiciárias e da jurisdição constitucional em quase todos os países ocidentais. Afóra os países que seguem o sistema do *common law*, pelas peculiaridades que lhes são inerente, essa preponderância de atuação não encontra um respaldo histórico de longa data, sendo forcejado mais por contingências fáticas, fruto do desenvolvimento do sistema econômico. A afirmação feita por Alexandre Hamilton, de que o Judiciário é o mais frágil dos três poderes, pois não dispõe nem da espada, nem da bolsa para garantir auto-executoriedade de suas decisões, por isso encontra-se ultrapassado pela evolução da sociedade.¹⁰ Tocqueville também não considera que o Poder Judiciário possa ser visto como um superpoder pois lhe faltam as condições necessárias para sobrepujar os demais poderes, uma vez que deve pautar as suas decisões pelos mandamentos legais.¹¹

Para Neal Tate e Torbjörn são vários os fatores que contribuem para expandir a atuação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário. Em âmbito internacional, os citados autores elencam os seguintes fatores: a falência do socialismo totalitário do leste europeu e

o desaparecimento da União Soviética, deixando os Estados Unidos como a única superpotência, e como eles são o centro do *judicial activism*, a influência desse modelo foi avassaladora; o processo de democratização da América Latina, Ásia e África que possibilitou um maior desenvolvimento da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário, alicerçando-se no princípio da legalidade; a influência da jurisprudência e da ciência política americana, que assumem grande importância por causa do sistema do *common law*; o significativo papel desempenhado pelas cortes internacionais, como a Corte de Direitos Humanos de Strasburgo.¹²

O fator que mais força exerce para o alargamento da atuação da jurisdição constitucional é o fortalecimento dos direitos fundamentais, que ocorre de forma global, principalmente nas democracias ocidentais. Quanto maior for o recrudescimento dos direitos fundamentais, maior deverá ser a atuação da jurisdição constitucional para garantir a sua concretização. Ao mesmo tempo em que esta é uma de suas funções é uma forma de legitimar a expansão de sua atuação, além de garantir um direcionamento para a sua atuação.

Um maior aumento do âmbito de atuação da jurisdição constitucional também dependerá do grau de preparo e do teor de reputação que gozam os seus

9 - BANDRÉS, José Manuel. "Poder Judicial y Constitución". In: *La Aplicación Jurisdiccional de la Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. P. 10.

10 - "Qualquer um que analisar atentamente os poderes que formam um Estado poderá perceber que em uma Constituição em que eles sejam rigorosamente separados, o poder que apresenta um menor perigo para os direitos políticos sancionados pela Carta Magna será sempre o Judiciário, pela própria natureza das funções que ele desenvolve, haja vista que ele terá sempre as menores prerrogativas para obstaculizar ou afrontar os outros poderes. O Executivo, de fato, além de gozar dos predicados inerentes a um poder, dispõe também da espada. O Legislativo, de fato, além de gozar dos predicados inerentes a um poder, dispõe também da espada. Ele não apenas tem a bolsa, mas, absolutamente, estabelece as normas que delineiam os direitos e os deveres de cada um dos cidadãos. O Judiciário, ao contrário, não pode influenciar nem com a espada nem com a bolsa, não pode administrar nem a força nem a riqueza da sociedade e não pode proferir alguma decisão que seja verdadeiramente auto-executável". HAMILTON, Alexandre. *Il Federalismo*. Trad. Biancamaria Tedeschini Lalli. Milano: Edizioni Olivares, 1980. P. 218-219.

11 - "Os americanos entregaram aos seus tribunais um imenso poder político; todavia, obrigou-os a atacar a lei apenas com meios jurídicos, dessa forma diminuíram em muito o perigo deste poder. Se os juízes pudessem se pronunciar contra uma lei de maneira teórica e geral; se pudessem tomar a iniciativa de censurar os legisladores, tornando-se partidário do interesse de algum partido, poderiam excitar todas as paixões que dividem o país e poderiam fazer parte dessa luta". TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia in America*. Trad. [s.t.], Milano: Rizzoli, 1999. P. 104.

12 - TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn. "The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics". In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 2-4.

membros. Quanto mais bem fundamentadas forem suas decisões e maior notoriedade de conhecimentos tiverem os seus componentes, maior serão a sua aceitabilidade no meio jurídico. De igual modo, no tocante à honorabilidade dos juízes, esta deve ser impecável, tanto na sua conduta pessoal como profissional.

A expansão da atuação dos tribunais constitucionais não é apenas um fenômeno restrito à jurisdição constitucional, ocorrendo com o Poder Judiciário também em sua esfera ordinária. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte e a magistratura sempre desempenharam um papel ativo na sociedade, inclusive construindo a doutrina do *judicial activism*; na Alemanha, há vários posicionamentos do Tribunal Constitucional assegurando a concretização dos direitos fundamentais; na Espanha, além das firmes decisões do seu Tribunal Constitucional, pode ser mencionado o caso do pedido de extradição de Pinochet; na Itália, a campanha promovida nos anos noventa contra a corrupção política e a máfia; na França, o combate aos desmandos políticos etc.

Na esfera penal a atuação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário tem se mostrado bastante desenvolvida, principalmente nos países europeus. Nessa função há uma recuperação de vetores éticos da política, como o princípio da moralidade, do interesse público etc. A jurisdição constitucional e o Poder Judiciário nesses casos são chamados a intervir para assegurar a substancialização da seara política, mediante princípios ético-morais, ao mesmo tempo em que contribuem para suprir o déficit de legalidade que existe no gerenciamento da coisa pública.

Nos países periféricos, que não têm uma longa tradição de respeito às leis, a jurisdição constitucional nunca desempenhou o seu papel de forma autônoma. Na maioria dos países, ela sempre foi atrelada à elite política e econômica, servindo como um órgão que tem a missão de cancelar as decisões políticas. Todavia, mesmo com essa limitação, em virtude dos fenômenos anteriormente mencionados, tanto nacionais como internacionais, assiste-se nos países periféricos, de forma paulatina, ao fortalecimento da jurisdição constitucional como forma de propiciar uma maior proteção às disposições jurídicas, principalmente às normas constitucionais.

Essa extensão na atuação da jurisdição constitucional e do próprio Poder Judiciário tem gerado atrito com os demais poderes, o que motiva o Poder Legislativo a formular vários projetos legislativos com o desiderato de podar as prerrogativas dos tribunais constitucionais e da magistratura, em sentido geral. Mas, mesmo que os projetos de lei sejam concretizados, a amplitude da atuação das Cortes Constitucionais e dos Tribunais não será arrefecida, em primeiro lugar, porque há uma crise no arcabouço normativo, fruto da sociedade pós-moderna, que cada vez exige leis mais flexíveis. E em segundo lugar, porque diante da caótica e abundante produção legislativa faz-se necessário, cada vez mais, uma interpretação técnica para saber qual a disposição normativa que vai ser aplicada ao caso concreto. Essa produção caótica esquece de uma parêmia clássica do processo legislativo: de que as leis devem ser simples e claras, construídas de maneira a mais precisa possível, a fim de evitar problemas na sua interpretação.¹³

Como a tendência das disposições normativas é a de ser mais genérica e abstrata para atender às necessidades da coletividade, o alcance da extensão das decisões da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário, de uma forma geral, não tenderá a diminuir, o que se leva a buscar uma limitação legal para essa atuação e uma fundamentação de legitimidade, que possa colocar essas importantes decisões sob o controle da população. O aumento da atuação do Poder Judiciário, como um todo nas sociedades ocidentais, tem levado muitos autores a sustentar que está ocorrendo uma involução no Estado Democrático Social de Direito, transformando-se em um Estado Jurisdicional, em decorrência de que o Judiciário e os tribunais constitucionais não adquirem sua legitimidade diretamente do sufrágio universal.

Outra consequência dessa tendência é uma maior regulamentação da esfera política, ou seja, uma jurisdicização da política, com o objetivo de atrelá-la ao bem comum e permitir uma licitude dos pleitos.¹⁴ Porém, quando os tribunais constitucionais começam a se imis-

13 - CARBASSE, Jean-Marie. *Introduction Historique au Droit*. 2 ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1998. P.293.

14 - "A transformação da política em direito vem, digamos de forma paulatina, sendo criada não pelo legislador antecipadamente, mas pelos magistrados diante do caso singular, como *lex specialis*. É um tipo de produção normativa que se denomina de criação jurídica do Direito". CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Tomo I, Napoli: Morano, 1965. P.642.

cuir em assuntos políticos, ocorre de igual forma uma politização desses órgãos. Em muitas de suas decisões resta evidenciada uma nítida opção ideológica, em que a matriz política resta clarividente. O risco é que a criação de uma justiça política, passe a decidir de acordo com as suas conveniências ideológicas, em detrimento da Constituição.

O incremento na atuação do Poder Judiciário e, principalmente, da jurisdição constitucional não significa, por si só, em uma vantagem ou desvantagem. Se ele se transformar em um instrumento de produção normativa, sem o estabelecimento de parâmetros com a sociedade, através de uma legitimação auto-referencial, baseada em procedimentos judiciais, será uma atuação danosa, que afetará o regime democrático e os direitos fundamentais.

Entretanto, se essa atuação servir para o desenvolvimento do sistema de freios e contrapesos, com o escopo de garantir os direitos fundamentais e o aperfeiçoamento do regime democrático, será uma atividade benéfica e ensinará a real concretização de um Estado Democrático Social de Direito.

3.) A Tensão entre o Político e o Jurídico

O exercício da jurisdição constitucional pelos tribunais constitucionais pode ocasionar uma tensão entre a esfera política e a esfera jurídica, pondo em evidência diferentes níveis de legitimação e suscitando algumas perguntas: as razões jurídicas devem preponderar em detrimento das motivações políticas ou as motivações políticas devem preponderar em detrimento das razões jurídicas? Quais os limites para o exercício de decisões judiciais que contrariam o posicionamento dos agentes políticos? Como um órgão que não recebe legitimidade direta do sufrágio universal pode controlar um outro órgão que é estabelecido diretamente pelo povo? A resposta a estas perguntas pode começar a ser delineada na análise das diferentes funções e dos diversos princípios que orientam essas duas searas.

O conflito entre a seara política e a seara jurídica esconde na verdade um conflito entre duas funções – a função fiscalizadora do órgão que exerce a jurisdição constitucional e a função de legislar por parte dos membros do legislativo¹⁵ – e dois princípios que, apesar de estarem em

várias oportunidades em lados opostos por conjunturas fáticas – o princípio majoritário e o princípio da supralegalidade constitucional –, têm em comum a sua construção a partir do princípio da soberania popular, sendo que o segundo ostenta um valor mais densificado por ser oriundo do Poder Constituinte.

A dicotomia entre a esfera política e a jurídica não tem uma taxionomia antípoda na relação entre eles, variando muito de acordo com as condicionantes sócio-político-econômicas. Essa tensão existe porque a jurisdição constitucional exerce a função de adequar as decisões políticas as diretrizes estabelecidas pela Constituição. Todavia, algumas decisões judiciais ao invés de cercear as decisões políticas, maculando-as de inconstitucionais, pode solidificá-las, ao afirmar, por exemplo, a constitucionalidade de determinadas medidas imputadas como inconstitucionais por outros órgãos judiciais.

Os dois princípios são compatíveis e sincrônicos quando há um respeito pelas normas constitucionais, prevalecendo o princípio da supralegalidade constitucional todas as vezes que o princípio majoritário afronta a Constituição e não obtém legitimidade suficiente para o processo de transconstitucionalização.¹⁶

É inegável que o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal possuem estruturação, composição e princípios diversos, o que não significa que não possam trabalhar de forma harmônica, com seus campos de atuação delimitados. O primeiro, como é legitimado diretamente pelo princípio da soberania popular, tem a função de representar os interesses da maioria; o segundo, que não pode ser legitimado diretamente pela soberania popular, tem o escopo de concretizar os mandamentos constitucionais, protegendo os interesses da minoria que encontra respaldo na Constituição. Ambos devem exercer as suas atividades em sincronia para que tanto a maioria quanto a minoria tenham seus direitos preservados.

15 - “Em primeiro lugar, parto do princípio de que existe a possibilidade de um verdadeiro conflito entre a função fiscalizadora do Tribunal Constitucional e a função do legislador: essa possibilidade existe, desde logo, porque o Tribunal Constitucional tem poderes para controlar efectivamente o respeito pelo princípio da constitucionalidade, mas existe sobretudo na medida em que se entenda que o legislador não é um mero executor da Constituição”. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. “Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria”. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 76.

16 - SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 78

Tanto o Poder Legislativo como o Supremo Tribunal Federal são órgãos importantíssimos para o aperfeiçoamento da democracia brasileira, ajudando a encontrar soluções que possam resolver o grave problema de exclusão social que aflige a sociedade brasileira. A grande conexão entre esses dois órgãos deve ser estabelecida no sentido da defesa dos direitos fundamentais, que é o requisito essencial para a construção da sociedade desejada por todos os brasileiros.

O problema consiste em como delimitar o espaço de atuação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário para que o espaço político não seja arrefecido, porque de acordo com o posicionamento defendido por Oppenheim toda interpretação judicial é uma forma de criação normativa.¹⁷ Quando há uma decisão judicial, segundo o mencionado autor, há uma produção jurídica, que adentra na competência do Poder Legislativo, e, portanto, causa um arrefecimento da seara política, o que ocasiona um conflito entre essas duas dimensões.¹⁸

A função da jurisdição constitucional não é a de criar normas constitucionais, cabendo-lhe interpretá-las, se bem que é difícil distinguir quando há a realização de uma produção jurídica ou uma interpretação judicial, por isto, que a composição do órgão que exerce a jurisdição constitucional deve ser a mais democrática possível.

Embora seja oportuno frisar novamente que analisar a natureza da interpretação judicial foge dos limites estipulados para o tema proposto, o que não quer dizer que toda interpretação judicial possa ser considerada como uma criação normativa, nem que o risco de se adentrar na esfera política esteja afastado. A função da jurisdição constitucional é aplicar os dispositivos normativos contidos na Constituição, o que, em decorrência da própria natureza da sua atividade, implica em um grande teor de discricionariedade, devido às várias possibilidades de aplicação da norma.

A relação entre o Direito e a Política configura-se como uma das relações mais tensas existentes no Estado Democrático Social de Direito. A política simboliza as decisões tomadas pela sociedade com a finalidade de alcançar os objetivos escolhidos pela sua população, tendo como uma de suas principais características a discricionariedade de sua escolha. O Direito tem como uma de

suas principais características, de modo inverso, a previsibilidade de sua normatização. Assim, devido ao caráter diverso de suas principais características, o Direito e a Política podem gerar atritos.¹⁹

Essa possibilidade de tensão entre a seara política e a seara jurídica tem gerado uma oposição contra uma maior atuação da jurisdição constitucional.²⁰ Devido à experiência do *New Deal*, em que a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucionais várias de suas medidas, setores políticos ligados mais ao espectro da esquerda, que defendem uma intervenção do Estado na economia para garantir o desenvolvimento econômico e assegurar direitos sociais, vêm com uma certa desconfiança o aumento da atuação da jurisdição constitucional, pelo fato de que esse órgão não conta com a legitimação direta da soberania popular, podendo se constituir em um órgão autônomo e passar a decidir independente dos anseios sociais. Na Grã-Bretanha, Suíça e nos países Es-

17 - OPPENHEIM, Felix E. "The Judge as Legislator". In: *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: Giappichelli, 1995. P.293.

18 - Também defende a mesma premissa Eugenio Bulgin: "A cognição legal é limitada pela determinação do conteúdo estipulado pelo princípio geral aplicado ao caso concreto, mas como existem várias possibilidades de aplicação, nas quais o juiz pode escolher uma para incidir no caso proposto, então, diversas normas podem ser criadas do mesmo princípio geral [...] desde que todas elas estejam se desenvolvendo dentro dos parâmetros da norma geral, o ato de escolher uma dentre essas possibilidades não é um ato de cognição, mas um ato de criação: é uma decisão política". BULYGIN, Eugenio. "Cognition and Interpretation of Law". In: *Cognition and Interpretation of Law*. Giappichelli: Torino, 1995. P. 14.

19 - "O problema política-direito no marco do Estado como forma política é insolúvel teoricamente. Não admite mais soluções do tipo prático. Pois, por uma parte, é negável que o Estado é o ente criador do Direito e não é, portanto, possível a submissão do criador a criatura de forma integral. Por outro lado, tão pouco cabe dúvidas de que a sociedade civil sobre a qual se eleva o Estado é uma sociedade que tende a se configurar como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas e tende, assim, inequivocamente à substituição do poder arbitrário e imprevisível por um poder regrado e controlável. Nenhum destes dois elementos podem ser suprimidos. Ambos coexistem mais ou menos de forma harmoniosa ou contraditória, mas sempre em tensão. Nesse contexto é que se instalam as relações entre a política e o direito. Sim, é possível submeter por completo o Estado ao Direito, também é possível estruturar inteiramente um Estado à margem do respeito às normas jurídicas. Todavia, o que interessa é ressaltar os seguintes extremos: 1) que as sociedades estatais têm oferecido ao longo da história da humanidade exemplos tanto de melhor controle do poder político pelo Direito, também hasta la fecha (democracias ocidentais), como a subtração mais bruta do poder do Estado do controle das normas jurídicas (ditaduras fascistas); 2) que a justiça constitucional é o instrumento histórico mais desenvolvido que se tem conhecimento até hoje para a justificação da política". ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid: Tecnos, 1988. P. 14-15.

20 - Esclarece Pizzorusso: "Se analisarmos os problemas do Poder Judiciário em uma perspectiva não exclusivamente italiana, devemos nos interrogar, infelizmente, das razões por que muitos países apresentam, especialmente na segunda metade do século XX, um crescente papel exercido pelos órgãos jurisdicionais ou órgãos independentes e as reações que este processo determina". PIZZORUSSO, Alessandro. *Giustizia e Giudici*. Disponível na Internet: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>. Acesso em: 04/03/2004.

candinavos os partidos socialistas e trabalhistas apenas recentemente vêm admitindo uma maior atuação da jurisdição constitucional.²¹

A política, em uma concepção habermasiana, deve ser entendida como um *locus* onde se desenvolvem as relações vitais do senso ético, uma forma de reflexão sobre os nexos deontológicos da sociedade, impondo aos cidadãos a consciência de sua dependência recíproca. O espaço público deve ser regulamentado no sentido de propiciar uma maior densidade dos princípios éticos. A regulamentação da esfera política, assim, deve ser implementada pelos agentes políticos que foram votados pelo povo e não pelos membros que compõem o órgão que exerce a jurisdição constitucional.

Vários autores consideram que a delimitação entre a política e o direito pode ser facilitada pelo legislador constituinte. Se o texto constitucional for escrito de forma precisa, sem o recurso de termos vagos ou ambíguos, a atuação da jurisdição constitucional poderá ser melhor definida, impedindo a prática de decisões políticas porque a estrutura do seu texto permite antever um direcionamento das decisões. Se, ao contrário, o texto constitucional não for escrito de forma precisa, agasalhado muitas normas programáticas, haverá a ausência de uma definição para a atuação da jurisdição constitucional, o que ensejará a prática de decisões judiciais de cunho político.²²

Esse tipo de afirmação, de que a demarcação entre a política e o direito pode ser realizada pela construção de mandamentos constitucionais de forma precisa, padece de elementos fáticos para a sua fundamentação. Primeiro, porque qualquer texto normativo pode ser objeto de análise, podendo-se modificar o seu conteúdo normativo, mediante o método hermenêutico utilizado. A norma jurídica mais precisa pode ser modificada por recursos hermenêuticos. Depois, é praticamente impossível a elaboração de uma Constituição sem a utilização de princípios, que pela sua própria natureza, apresentam uma densidade semântica aberta. Por fim, a utilização de normas programáticas configura-se de suma importância, principalmente em países periféricos, onde esse instrumento jurídico se mostra eficaz para a concretização dos objetivos estabelecidos pelos legisladores constituintes, representando as mais legítimas aspirações da sociedade.

De forma precisa, Torbjörn Vallinder define o processo de judicialização da política: “A expansão da atuação dos tribunais e dos juízes acarreta a conseqüente redução de atuação das esferas política e administrativa, isto é, a transferência da produção normativa do Poder Legislativo, do Executivo e das agências administrativas para os tribunais; significa da mesma forma a expansão do método de produção normativa da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário para fora de sua seara de atuação específica. Portanto, pode-se dizer que o processo de judicialização da política essencialmente consiste em modificar o procedimento de alguma coisa para a forma de um procedimento judicial”.²³

Torbjörn Vallinder elaborou um interessante quadro comparativo mostrando as diferenças de resolução dos conflitos pela Suprema Corte norte-americana e pelo Poder Legislativo. Com relação aos participantes, no primeiro atuam duas partes e um terceiro que é o juiz, no segundo, atuam diversas partes. Referente ao método de trabalho, a Suprema Corte realiza um processo ouvindo os argumentos das partes para depois valorá-los; no Poder Legislativo o método é o da negociação, através de compromissos pactuados, geralmente efetuados fora do alcance da opinião pública.

Quanto ao processo de produção normativa, o primeiro o realiza sob a decisão imparcial de um juiz, e o segundo através do princípio majoritário. Com relação ao modo de concretização de suas decisões, a Suprema Corte os realiza por intermédio da apreciação de um caso particular, prestando atenção aos precedentes judiciais, principalmente aos relacionados ao *judicial review*, já o Poder Legislativo concretiza suas decisões através de normas genéricas e abstratas. Inerente às implicações das decisões tomadas, o primeiro as estabelece diante dos casos concretos e dos dispositivos normativos inerentes à matéria, enquanto o segundo as estabelece de acordo com os valores preponderantes na sociedade.²⁴

Como o regime democrático foi transformado

21 - VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching In”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 20-21.

22 - A exemplo de Danilo Zolo, Javier Perez Royo etc.

23 - VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching In”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 13.

24 - VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching In”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 14.

em um dogma em grande parte dos países e a expansão da atuação da jurisdição constitucional não é sustentada de forma direta pelo princípio da soberania popular, a maior crítica que se faz contra o processo de judicialização é que ele afronta a democracia. Muitos doutrinadores, a exemplo de Ingeborg Maus, consideram o processo de extensão da jurisdição constitucional uma ameaça contra o regime democrático, o princípio majoritário e o princípio da responsabilidade popular, no sentido de que o povo pode escolher os seus representantes.

Acontece que em um Estado Democrático Social de Direito as decisões políticas, para serem aplicadas, devem contar com a legitimação da população, por intermédio de instrumentos, principalmente da democracia participativa. Já as decisões da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário não se amparam de forma direta no sufrágio universal, mas de forma objetiva têm a missão de concretizar os dispositivos da Constituição Federal. O ponto em comum entre a seara jurídica e a política é o respeito pelos mandamentos constitucionais e pelas normas do ordenamento jurídico, de uma forma geral. Portanto, a relação entre a política e o direito não será sempre conflitiva porque as duas searas devem subordinar as suas atuações aos mandamentos constitucionais.

Quanto maior forem a falta de sintonia dos representantes políticos com os anseios da sociedade, a presença de corrupção para a tomada de decisões e o imobilismo causado pelo antagonismo social, menor será a legitimação da classe política. Por outro lado, quanto maior for a reputação dos membros do órgão que exerce a jurisdição constitucional e maior o grau técnico de suas decisões, maior será o seu grau de credibilidade e maior serão as possibilidades de legitimação de sua atuação. Como conclusão, depreende-se que a debilidade dos agentes incumbidos de proferir as decisões políticas pode favorecer uma maior atuação da jurisdição constitucional nesta seara.

Para que haja o desenvolvimento do Estado Democrático Social de Direito de forma harmônica, sem o conflito dos poderes estabelecidos, as decisões políticas têm que se ater aos parâmetros legais e as decisões jurídicas não podem extrapolar os seus limi-

tes e desempenhar o papel reservado aos atores políticos, principalmente, a jurisdição constitucional que exerce um grande poder pelo seu papel de intérprete máximo da Carta Magna.

A jurisdição constitucional tem a importante missão, dentro de uma sociedade pluralista, de demarcar os limites de incidência das decisões políticas, para que os princípios almejados pelos legisladores constituintes sejam preservados. O que não quer dizer que ela não deva direcionar o desenvolvimento de suas atividades pelos dispositivos contidos na Constituição.

Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político. A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como a concentração dos meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares.

Como a classe política se apresenta distante da população, a atuação da jurisdição constitucional é vista como um avanço, principalmente se o seu objetivo for concretizar um direito fundamental.

Já que é quase impossível encontrar limites precisos à separação entre a seara política e a seara jurídica, de melhor alvitre seria solidificar a consciência de respeito aos dispositivos constitucionais, especialmente às normas relativas aos direitos fundamentais e que tanto o Poder Legislativo quanto o órgão que desempenha o exercício da função, pudessem fiscalizar a atuação dos órgãos estatais para saber se eles se adequam ou não aos ditames da Constituição.²⁵

A essência da crítica exposta contra a jurisdição constitucional é a falta de legitimidade popular

25 - “E o que será no futuro? As perspectivas são claramente diferentes de país para país, dependendo da tradição constitucional e da situação política. Portanto, não se pode definir se o desenvolvimento do processo de judicialização será revertido ou mesmo paralisado. Apresenta, no momento, alguma expansão, como no leste europeu. A Hungria, por exemplo, promulgou uma declaração de direitos e instituiu um tribunal Constitucional. Em contra partida, regimes ditatoriais têm sido estabelecido fora do mundo ocidental. No final, em muitos países, um novo equilíbrio pode ser obtido entre os direitos dos cidadãos e os direitos e obrigações da maioria”. VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching In”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 24.

para amparar as suas decisões. O erro desse argumento é que a jurisdição constitucional não é ontologicamente contraditória ao regime democrático, muito pelo contrário, pode se constituir em um importante instrumento para o seu aperfeiçoamento.

O órgão que exerce a máxima função judicante pode ser formado com a participação dos poderes estabelecidos, o que evita que ele perca o laço com os interesses da sociedade. Como sustenta Neal Tate, o princípio democrático se configura como um dos requisitos para o processo de judicialização, existindo uma relação bilateral entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional.²⁶

A tensão entre o universo político e a jurisdição constitucional, em decorrência da taxionomia de cada uma dessas searas e da densidade de poder que representam, jamais pode ser prefixada de forma rígida, entretanto, essa indeterminação pode ser arrefecida pela revalorização da supremacia das normas constitucionais, pela especificação do “conteúdo mínimo” dos direitos fundamentais e pela sua consolidação por intermédio do *entrenchment*. Atrelando essa maior atuação da jurisdição constitucional a missão de efetivar os direitos fundamentais, os confrontos entre a seara política e a jurídica será muito menor.

3. Conclusão

A jurisdicização da esfera política, considerada como uma tendência irreversível do Estado Democrático Social de Direito, provoca em várias searas um choque entre a atividade da jurisdição constitucional e o regime democrático, o que engloba as estruturas que representam a democracia representativa.

O objetivo deste trabalho é explicitar que a maior incidência da atuação da jurisdição constitucional, para garantir a concretização dos direitos fundamentais, não arrefece o regime democrático, muito pelo contrário, aprimora o seu funcionamento.

O princípio majoritário é um dos componentes da legitimação da jurisdição constitucional, mas não é o único. Um assentimento mais denso da tutela constitucional pode ser aferido pelos direitos fundamentais

que formam invariáveis axiológicas mais consolidados do que o princípio majoritário que é muito cambiante. Não obstante, o princípio majoritário se configura em um elemento essencial para o funcionamento do regime democrático e não pode ser relegado.

A função da jurisdição constitucional como instrumento de garantia dos dispositivos constitucionais é uma realidade que paira acima de qualquer crítica, mormente em países cujas Constituições são rígidas, separando de forma nítida as normas constitucionais das normas infraconstitucionais. Indubitável o seu papel para o desenvolvimento de um Estado Social Democrático de Direito, fazendo com que a Lei Maior possa ser aplicada integralmente.

Todavia, a Corte Constitucional não pode ser um órgão preponderante em relação aos outros poderes e até mesmo acima das leis constitucionais. A sua seara de atuação está circunscrita a um fator teleológico: a aplicação dos mandamentos constitucionais, densificando a concretude dos direitos fundamentais.

A jurisdicização constitucional não é um mal em si, mal é a ausência de legitimidade de suas decisões, a afronta de postulados constitucionais ou o cerceamento dos direitos fundamentais. As decisões judiciais têm que ser tomadas a partir de um processo que promova amplas discussões na sociedade para que ela possa realizar a formação política de um consenso, tomando como parâmetro as normas jurídicas.

Como conclusão pode-se afirmar que a jurisdicização constitucional não é intrinsecamente contrária ao regime democrático, seu funcionamento, tomando como parâmetro a Constituição, ajuda a fortalecer a participação popular nas decisões políticas e incentiva a consolidação da democracia.

Tendo a jurisdição constitucional, consolidado sua autonomia como vaticinou Pinto Ferreira, hodiernamente, ela precisa apenas garantir a intersecção entre o ser e o dever ser para atingir seu núcleo teleológico.



26 - TATE, C. Neal. “Why The Expansion of Judicial Power?”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. P. 29.

O princípio da continuidade da pesquisa e lavra em função do interesse nacional da mineração: uma breve análise de dispositivos do Código de Mineração sob a égide do §1º, art. 176 da Constituição da República

Por William Freire e
Tiago de Mattos Silva

William Freire

Advogado formado pela UFMG. É professor da Faculdade Pitágoras, do CAD – Centro de Especialização em Direito e CEJUFE nos cursos de pós-graduação. É doutorando em Ciências Jurídicas. É autor dos livros, sendo os seus preferidos: *Comentários ao Código de Mineração*, *Direito Ambiental Brasileiro*, *Dicionário de Direito Ambiental* (Coordenador), *Direito Ambiental Aplicado à Mineração*, *Código de Mineração Anotado e Legislação Mineral e Ambiental em Vigor*, *Mining Law Dictionary - Inglês/Português* – (coautoria), *Coletânea de Legislação Mineral e A Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*, *Gestão de Crises e Negociações Ambientais* e *Código de Mineração Brasileiro em Inglês* (cotradutor).

Tiago de Mattos Silva

Advogado formado pela UFMG. É mestrando em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. É professor do Instituto William Freire e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Minerário. É autor de vários artigos jurídicos sobre Direito Minerário e Ambiental.

1. Introdução

Mineração pode ser definida como a atividade que busca transformar o recurso mineral inerte em riqueza. O conceito de riqueza, nesse contexto, ultrapassa o significado essencialmente econômico, representando também a soma dos benefícios sociais e coletivos compartilhados por toda a sociedade. Nada mais justo e razoável que partilhar os ganhos da exploração mineral entre os componentes

daquela que é, em última análise, a detentora dos bens minerais localizados no território de um país.

Essa concepção é fundamento essencial na estrutura jurídica do Direito Minerário, chegando EDUARDO PIGRETTI a afirmar que a norma minerária somente legitima-se quando representa a distribuição ampla das riquezas subterrâneas¹.

1 - PIGRETTI, Eduardo A. *Manual de Derecho Minero*. 3ª edición. Depalma: Buenos Aires, 1996. p. 1.

O regime constitucional dos recursos minerais brasileiro aponta o Estado e a iniciativa privada como os responsáveis pelo desenvolvimento da mineração. A União atua de forma estratégica, como detentora do domínio dos recursos e jazidas minerais. Já o setor produtivo financia o investimento e assume os riscos da exploração². Por isso, é assegurado ao minerador o produto da lavra, e, em contrapartida, ele contribui aos entes federativos e ao proprietário da superfície com uma participação nos resultados obtidos³.

Dentro dessa estrutura, que busca privilegiar o interesse público por meio do fomento industrial gerido pelo interesse privado, surge a necessidade de se criarem leis minerárias, ambientais e tributárias que estimulem os investimentos e deem segurança aos mineradores para aportarem seu capital com reais perspectivas de retorno.

Para que essas leis sejam aplicadas de forma a beneficiar os dois setores, torna-se imprescindível o estudo de princípios que norteiam a hermenêutica do Direito Minerário, de forma a possibilitar a interpretação mais razoável e que determine a perpetuação do desenvolvimento mineral no país.

Neste artigo, analisamos o princípio da continuidade da lavra como corolário do interesse nacional da atividade de mineração. Por meio da conjugação desses dois institutos, identificamos os dispositivos normativos que impedem a paralisação das atividades minerárias em decorrência de controvérsias particulares, privilegiando a distribuição dos ganhos minerais em detrimento do interesse isolado de apenas uma das partes beneficiárias dessa riqueza.

2. O art. 176, §1º, da Constituição da República e o princípio do desenvolvimento da mineração no interesse nacional

A Constituição da República de 1988 determinou, em seu art. 176, §1º⁴, que a mineração seria desenvolvida no interesse nacional.

Já tivemos oportunidade de estudar que o interesse nacional, desvinculado do interesse pura-

mente estatal, confunde-se com o interesse do povo⁵. ADRIANO DRUMMOND CANÇADO TRINDADE conclui que o interesse nacional aludido pela Constituição é a assertiva de que a atividade será realizada como meio para se alcançar o desenvolvimento econômico e social do país⁶.

Há várias interpretações possíveis para a expressão interesse nacional. Entretanto, todas remetem à idéia de satisfação das necessidades coletivas⁷. A mineração deve beneficiar a União, titular do domínio das riquezas minerais, mas, também, o minerador, seu colaborador privilegiado que assume os riscos inerentes à atividade, e a população que é parceira no desenvolvimento da atividade em seu território.

A atuação no interesse nacional é pressuposto de legitimidade da atividade mineral. Esse atributo da mineração ultrapassa a necessidade de ser normatizado, o que permitiu aos doutrinadores afirmarem que o interesse nacional é, de fato, um princípio da atividade mineral.⁸

Além do interesse nacional afirmado pela Constituição da República de 1988, o Decreto-Lei nº 3.365/41, em seu art. 5º, alínea f, afirma que o aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais consiste em atividade de utilidade pública.

2 - Sobre o tema, FREIRE, William. Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro: regime constitucional brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais. *Revista Jurídica da Presidência da República*. Acesso no site www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/williamFreire_rev84.pdf em 18/10/2009.

3 - Art. 20, §1º e art. 176, §1º, da Constituição da República.

4 - Art. 176 - As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas

5 - FREIRE, William. *Natureza jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Jurídica Editora, 2007. p. 53.

6 - TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. *Princípios de Direito Minerário Brasileiro*. Direito Minerário em Evolução. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 56.

7 - Nesse sentido, interessante o estudo do Parecer AGU/MF, anexo ao Parecer nº GQ-79, publicado no DOU em 16.08.1995.

8 - FREIRE, William. *Código de Mineração Anotado*. 4ª ed. Ed. Mandamentos: Belo Horizonte. 2009. p. 94.

Esse dispositivo, aliado ao princípio constitucional citado e à rigidez locacional das jazidas⁹, permite que a atividade de mineração possa sobrepor-se a outras exercidas no território nacional. Essas regras também legitimam a submissão do direito de superfície ao direito-dever de o minerador explorar a jazida.

O proprietário ou posseiro do solo onde se localiza a reserva mineral, por ser detentor de um direito eminentemente privado, deve submetê-lo ao interesse da coletividade e se sujeitar ao ingresso do minerador em sua área, obviamente depois de ser justamente indenizado¹⁰.

O autor chileno CARLOS PIEDRA CORREA, ao tratar desse assunto, ensina que a legislação deve, à custa do aproveitamento do terreno para qualquer outro fim, consagrar um franco privilégio em benefício da mineração¹¹.

Diante desses pressupostos de interesse público que cercam a mineração, conclui-se que as normas minerárias não podem ser interpretadas dentro de uma perspectiva econômica comum. Tão forte é esse argumento que chegamos a afirmar que é inválida a interpretação que rejeita os Princípios de Direito Minerário¹².

Para isso foram criadas disposições legais que, com vistas a cumprir o interesse nacional e a utilidade pública da mineração, impedem que a pesquisa e exploração mineral sejam realizadas de forma descontínua.

III) O princípio da continuidade da lavra como expressão do interesse nacional trazido pela Constituição da República de 1988

A mineração só se torna viável mediante vultosos investimentos, longo prazo de maturação e altos riscos. Ao explorar o subsolo, o minerador exerce um direito e uma obrigação e, por isso, está resguardado em razão de um interesse público maior na continuidade da atividade mineral.

Partindo da premissa que a mineração não

pode ficar restrita aos interesses privados, entende-se que a sua execução deve ser realizada de forma contínua e ininterrupta. Isso porque, devido à complexidade de instalação do empreendimento de pesquisa da jazida ou exploração da mina, o minerador não pode se sujeitar a interrupções e suspensões dos seus trabalhos, sob pena de prejuízo a toda a coletividade que se beneficia de seus ganhos.

Além do aspecto jurídico, há o aspecto técnico. Os empreendimentos minerários, por serem realizados por meio de intervenções complexas no ambiente natural, utilizando equipamentos pesados e obras de infraestrutura avançadas, possuem controle rígido de segurança, tanto no que concerne à incolumidade da saúde dos seus trabalhadores quanto na necessidade de monitoramento e controle das questões ambientais.

ELIAS BEDRAN, lembrando ATÍLIO VIVACQUA, já demonstrava sua preocupação com esses atributos da mineração desde a primeira metade do século passado, afirmando que a mineração constitui atividade de alta complexidade, o que justificava não só medidas visando proteger a mina, mas também suas instalações, pessoal e a própria produção¹³.

O Código de Mineração, buscando solucionar os problemas advindos de eventual suspensão e paralisação das atividades minerárias, cuidou de estabelecer dispositivos específicos que pudessem impedir que interesses privados pudessem, pela via administrativa ou judicial, interromper a consecução desses trabalhos.

Os artigos 57¹⁴ e 87¹⁵ dispõem expressamente sobre a impossibilidade de medidas judiciais inter-

9 - Rigidez locacional consiste na necessidade de realização da atividade minerária no local onde se localiza a jazida.

10 - Sobre a indenização do detentor do direito de superfície, ver arts. 27 (fase de pesquisa) e 52 a 56 (fase de lavra) do Código de Mineração.

11 - CORREA, Carlos Piedra. *Las Servidumbres Mineras*. Santiago: Universitária, 1962. p. 44-45.

12 - FREIRE, William. *Código de Mineração Anotado*. 4ª ed. Ed. Mandamentos: Belo Horizonte. 2009. p. 121.

13 - BEDRAN, Elias. *A mineração à Luz do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1957. vol. I. p. 57.

14 - Art. 57. No curso de qualquer medida judicial não poderá haver embargo ou seqüestro que resulte em interrupção dos trabalhos de lavra.

15 - Art. 87. Não se impedirá por ação judicial de quem quer que seja, o prosseguimento da pesquisa ou lavra.

romperem a atividade de pesquisa ou lavra, consagrando o chamado princípio da continuidade da atividade mineral¹⁶.

Em uma primeira análise, pode parecer que os dois dispositivos normatizam exatamente o mesmo objeto. Entretanto, eles não se confundem. O art. 57 tem o objetivo de proteger a atividade de pesquisa e lavra, legalmente exercidas, contra medidas que possam ser tomadas no curso de processos judiciais já instaurados.

Havendo uma controvérsia que tenha por objeto atos administrativos, títulos minerários, obrigações pecuniárias, contratos minerários ou disputas possessórias relativas à superfície, não poderão ser concedidas ordens que prejudiquem a continuidade da exploração, devendo a ação judicial prosseguir sem intervenção na atividade mineral.

Ressalte-se que os termos *embargo* e *sequestro* devem ser interpretados de forma ampliativa. Em função da permanente modificação das leis e termos processuais, essas expressões devem ser entendidas como qualquer medida, cautelar ou antecipatória, nominada ou inominada, que possam ser proferidas no curso do processo principal ou cautelar.

Aplica-se o dispositivo também no que concerne à impossibilidade de execução provisória de decisões que consistam em qualquer medida de paralisação, suspensão ou interrupção da mineração.

Outro ponto que merece atenção é a necessidade de aplicação deste instituto também na fase de pesquisa mineral. Apesar de a norma afirmar que no curso de qualquer medida judicial não serão concedidas medidas que resultem na interrupção dos trabalhos de *lavra*, a pesquisa também deve ser protegida por esse instituto.

Isso porque a pesquisa mineral é responsável pela definição da jazida, e sua realização justifica-se pela necessidade e conveniência de posterior extração da reserva identificada. Já foi afirmado pela doutrina que qualquer atraso nas atividades de pesquisa provoca prejuízos diretos na lavra, pois são ativida-

des sucessivas, interligadas e dependentes entre si¹⁷.

CARLOS LUIZ RIBEIRO, na mesma linha de interpretação extensiva, afirma que os dispositivos do Código de Mineração e de seu regulamento, atingidos pelo Princípio da continuidade da lavra, se aplicam às atividades minerárias praticadas sob quaisquer regimes de aproveitamento das substâncias minerais, sempre que a respectiva lei não dispuser diferentemente¹⁸.

O art. 87 determina a impossibilidade de deferimento de medidas judiciais interpostas especificamente para obstarem os trabalhos da mineração. Nesse artigo, o legislador cuidou de incluir expressamente a proteção tanto da fase de pesquisa quanto da fase de lavra, o que reforça a tese de que a intenção do legislador foi a aplicação do princípio a todos os regimes de aproveitamento mineral.

Nessa hipótese normativa, incluem-se aquelas ações interpostas com o objetivo exclusivo de parar a pesquisa ou lavra, determinando a paralisação da atividade ou retirada do empreendedor da mina ou jazida.

Esse dispositivo também deve ser interpretado de forma ampla, incluindo a impossibilidade de utilização de interditos possessórios por terceiros, relativos a disputas pelo uso da superfície, para ingresso ou reingresso em área onde já vem sendo exercida atividade de mineração pelo empreendedor.

Essa conclusão fundamenta-se no fato de que o que legitima a entrada e manutenção do minerador na área da jazida é a outorga do Direito Minerário, muitas vezes localizadas no subsolo, justificando a sua permanência na superfície de terceiros. Disso decorre a impossibilidade destes utilizarem as ações reais, regidas pelo Direito Civil e Processual Civil, para paralisarem um empreendimento de utilidade pública

16 - É possível encontrar disposições normativas semelhantes no Direito Comparado. A título de exemplo, podemos citar o art. 17 do Código de Mineração argentino. Sobre o tema, NOVOA, Miguel Ernesto e NOVOA, Maria Gabirela. *Manual de Derecho Minero*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 33.

17 - FREIRE, William. *Comentários ao Código de Mineração*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997. p. 94.172.

18 - RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário escrito e aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 346.

realizado no interesse nacional. O Código de Mineração, com esses dois dispositivos, demonstrou a preocupação do legislador em manter a continuidade das atividades de mineração e a permanência da geração de riquezas em detrimento dos interesses exclusivamente particulares.

Esses dispositivos têm aplicação prática em vários casos, especialmente na hipótese de controvérsias sobre a inadimplência das indenizações ao superficiário, falta de pagamento da participação do proprietário no resultado da lavra previsto no §1º do art. 176 da Constituição e arts. 11 e 12 do Código de Mineração, bem como na hipótese de controvérsias sobre o arrendamento e cessão de títulos minerários.

Conforme bem observa CARLOS LUIZ RIBEIRO, seja qual for o objeto da ação proposta, seu resultado não poderá incluir a paralisação dos trabalhos de pesquisa ou lavra *caso tenham sido iniciados e sejam executados legalmente*¹⁹.

A doutrina, à qual nos filiamos, registra que a atividade mineral, sustentada no Direito Minerário em vigor e nas licenças ambientais, somente será paralisada em caso de descumprimento grave e reiterado das normas minerárias e, na esfera ambiental, diante do risco qualificado²⁰.

Esses dispositivos normativos já foram afirmados pela jurisprudência em diversas oportunidades²¹. Dois, em especial, merecem destaque.

O primeiro demonstra a compreensão do Supremo Tribunal Federal do interesse público envolvido na mineração, impedindo a sua suspensão²². Veja-se trecho da ementa do acórdão:

PESQUISA E LAVRA. SUSPENSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTERESSE PÚBLICO. Não constitui ilegalidade o ato que indefere a suspensão no curso de procedimentos administrativos, visando, após os trabalhos de pesquisa, a titulação de área para efeito de exploração mineral, uma vez que o art. 87 do Código de Mineração resguarda não apenas a continuidade, mas o próprio

início das atividades de lavra. É certo que o mencionado dispositivo não se presta a neutralizar toda e qualquer intervenção judicial, como se poderia deduzir do seu texto, mas, para afastar o interesse público envolvido na exploração de riquezas minerais, há que se contrapor valor público de igual ou maior expressão que, na espécie, não se vislumbra.

Já o segundo demonstra o equilíbrio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao entender que, não havendo risco ambiental qualificado, as atividades minerárias não devem ser paralisadas²³:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. QUESTÃO AMBIENTAL. EXPLORAÇÃO DE LAVRA. CONTINUIDADE DO SERVIÇO. INEXISTÊNCIA DE RISCO POTENCIAL DE LESÃO AO MEIO AMBIENTE. A questão ambiental envolve o princípio da prevenção e a atuação das empresas que exploram atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, sendo, no caso, visível a razoabilidade do pedido deduzido em sede de medida liminar. A continuidade do serviço da requerente, que recebeu as autorizações necessárias à exploração da lavra, não pode ser entendido como um risco potencial de lesão ao meio ambiente. Medida adotada pela autoridade administrativa, ainda que investida do Poder de Polícia e da auto-executoriedade, desborda da legalidade, porque não se vê, a princípio, autorização legal para que a decisão de imediata suspensão das atividades da empresa pudesse ser adotada.

19 - RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário escrito e aplicado*. Del Rey: Belo Horizonte. 2006. p. 343.

20 - FREIRE, William. *Código de Mineração Anotado*. 4ª ed. Ed. Mandamentos: Belo Horizonte. 2009. p. 108.

21 - TAMG. Agravo de Instrumento n.º 198.142-4. Relator: Des. Cruz Quintão. DJ 14.11.1995. STJ. MS 0.103.371-7. Rel. Juiz Aldir Passarinho Junior. Primeira Seção. Julgado em 03/09/1990, DJ 01/10/1990, p. 22813. TRF da Primeira Região. Agravo de Instrumento n.º 9001155294 Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 11/12/1990. TRF da Primeira Região. AI n.º. 93.01.03673-8/RO. Desembargador Relator: Juiz Catão Alves 19/10/1994.

22 - STF. RO N.º 22025. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma, 10.03.1995.

23 - TRF 4ª Região. AGRMC n.º 200704000045660. Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraeib. Terceira Turma, 18/07/2007.

Situação que foge da razoabilidade, pois a fiscalização realizada no empreendimento dá conta de que nem todo o local da lavra está em situação periclitante, não havendo, por mais esta razão, fundamento para a paralisação de todas as operações de perfuração e avanço da lavra. Risco de dano de difícil reparação se faz presente em face da paralisação total das suas atividades. Decisão agravada mantida. Agravo regimental improvido.

Os julgados colacionados consolidam a melhor interpretação dos arts. 57 e 87 do Código de Mineração.

A continuidade da pesquisa e lavra deve ser preservada de forma ampla, o que privilegia não somente o interesse do minerador que auferir lucros diretos com a atividade, mas sim, o interesse nacional, consolidando a distribuição das riquezas dela advindas, conforme prelecionado pela Constituição da República de 1988.

3. O princípio da continuidade da mineração como dever do minerador: arts. 29 e 37 do Código de Mineração

Conforme verificado no item anterior, o Princípio da continuidade da mineração, como expressão do interesse nacional, é direito da coletividade e do minerador, não podendo a atividade ser interrompida por demandas judiciais fundamentadas em interesses particulares.

Entretanto, a continuidade da pesquisa e lavra não é apenas um direito do empreendedor: representa um dever.

Com a outorga do Direito Minerário, seja qual for o regime, cria-se para o seu titular um *direito* subjetivo à pesquisa, lavra e percepção dos seus resultados. Todavia, nasce também um *dever* de transformar a jazida inerte em riqueza.

Se, por um lado, a lei buscou dar segurança ao empreendedor que se arriscou a pesquisar e explorar os bens minerais, de forma contínua, tam-

bém procurou resguardar o interesse público ao exigir que esse mesmo empreendedor não fique inerte frente ao Título Minerário outorgado.

O Código de Mineração dispõe sobre a necessidade de o minerador iniciar e da continuidade aos trabalhos de pesquisa e lavra, conforme se percebe nos arts. 29²⁴ e 47, inciso I e XIV²⁵.

Veja que a norma trata a continuidade como regra e a suspensão como exceção temporal, com prazo máximo de duração.

Ressalte-se que todo pedido de suspensão das atividades deverá sempre ser feito de forma justificada, o que pode ocorrer por problemas técnicos, econômicos ou ambientais. Os técnicos são aqueles relacionados à estrutura e tecnologia da exploração e ocorrem quando o minerador fica impedido de manter os trabalhos por ausência de condições operacionais momentâneas.

Já os econômicos são aqueles relativos ao mercado do mineral explorado. Como a atividade de mineração está sujeita à flutuação de preços do minério, a continuidade da lavra só se justifica se o retorno do capital investido for factível, sendo plenamente razoável a suspensão dos trabalhos até o equilíbrio do custo/lucro.

Em relação aos problemas ambientais, CARLOS LUIZ RIBEIRO afirma que estes não poderão ser

24 - Art. 29 O titular da autorização de pesquisa é obrigado, sob pena de sanções: I - A iniciar os trabalhos de pesquisa: a) dentro de 60 (sessenta) dias da publicação do Alvará de Pesquisa no Diário Oficial da União, se o titular for o proprietário do sol ou tiver ajustado com este o valor e a forma de pagamento das indenizações a que se refere o Artigo 27 deste Código; ou, b) dentro de 60 (sessenta) dias do ingresso judicial na área de pesquisa, quando a avaliação da indenização pela ocupação e danos causados processar-se em juízo. II - A não interromper os trabalhos, sem justificativa, depois de iniciados, por mais de 3, (três) meses consecutivos, ou por 120 dias acumulados e não consecutivos. Parágrafo único. O início ou reinício, bem como as interrupções de trabalho, deverão ser prontamente comunicados ao DNPM, bem como a ocorrência de outra substância mineral útil, não constante do Alvará de Autorização.

25 - Art. 47. Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V: I - iniciar os trabalhos previstos no plano de lavra, dentro do prazo de 6 (seis) meses, contados da data da publicação do Decreto de Concessão no Diário Oficial da União, salvo motivo de força maior, a juízo do DNPM; XIV - Não suspender os trabalhos de lavra, sem prévia comunicação ao DNPM.

utilizados como fundamento para o pedido de suspensão das atividades pelo minerador, cabendo ao órgão ambiental as providências nesse sentido²⁶.

Pedimos licença para discordar dessa posição. Em uma perspectiva contemporânea, o conceito de jazida permeia os componentes técnicos, econômicos e ambientais para determinar a sua viabilidade.

Dessa forma, a adequação do empreendimento minerário está estritamente ligada à necessária observância das normas ambientais. Sabe-se que os prazos utilizados pelos órgãos ambientais muitas vezes não são compatíveis com os da legislação minerária, o que possibilita o atraso na outorga de licenças e outras providências cabíveis para a regularização da atividade.

Nesse contexto, conclui-se que entraves ambientais também são fundamentos legítimos a justificar o pedido de suspensão temporária das atividades de lavra, pois não seria razoável imaginar a continuidade do empreendimento sem que este esteja em plena regularidade ambiental. Nesses casos, deve a autoridade minerária autorizar a suspensão das atividades, possibilitando ao minerador cumprir suas obrigações ambientais sem sofrer as penalidades da lei minerária.

Isso porque o Código de Mineração, procurando evitar abusos no exercício da exceção à continuidade, cuidou também para que eventual infringência do minerador aos arts. 29 e 47 fosse sancionada. Conforme se observa nos artigos 63²⁷ e 65, b²⁸, o legislador estabeleceu uma gradação das penalidades nessas hipóteses, partindo da advertência e chegando à declaração de caducidade dos consentimentos para pesquisa e lavra.

Percebe-se, dessa forma, que a continuidade da mineração, por ser corolário do interesse nacional, representa ônus e bônus para todos os envolvidos, cada um devendo cumprir sua parcela de obrigações e receber os ganhos da atividade.

Para a coletividade, a obrigação consiste na necessidade de consentir o seu desenvolvimento

contínuo, ainda que haja não conformidades, de menor grau de relevância, que possam ser submetidas ao Princípio da Sanatória administrativa ou técnica.

Já o bônus reside na possibilidade de, ainda na existência desses conflitos, manterem-se a geração de empregos, produção de bens indispensáveis ao desenvolvimento industrial, recolhimento de tributos e todos os outros benefícios trazidos pela exploração mineral.

Para o minerador, sua parte representa o dever de pesquisar a jazida e desenvolver a mina nos prazos e termos da legislação, sob pena de caducidade do Direito Minerário. Já o bônus é a segurança na manutenção das atividades, possibilitando a proteção jurídica do empreendimento e a garantia do retorno financeiro.

4. Conclusão

O Direito Minerário, por abrigar normas que regulam uma atividade constitucionalmente especial, deve ser interpretado com observância de seus princípios próprios, sempre buscando harmonizar os interesses público e privado.

Para que a mineração possa ser desenvolvida no interesse nacional, em estrita obediência ao §1º do art. 176 da Constituição da República de 1988, deverá ser realizada de forma contínua. Deve-se afastar a aplicação de dispositivos de direito comum no que concerne à suspensão de suas atividades, permitindo a segurança e perenidade de seus empreendimentos. Todos os esforços de quem lida com o Direito Minerário devem ser direcionados para buscar a aplicação prática desse dispositivo, evitando que interesses particulares interfiram na evolução de um dos setores produtivos que representa um dos maiores propulsores da economia brasileira.

26 - RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário escrito e aplicado*. Del Rey: Belo Horizonte. 2006. p. 350.

27 - Art. 63. O não cumprimento das obrigações decorrentes das autorizações de pesquisa, das permissões de lavra garimpeira, das concessões de lavra e do licenciamento implica, dependendo da infração, em: I - advertência; II - multa; e III - caducidade do título.

28 - Art 65. Será declarada a caducidade da autorização de pesquisa, ou da concessão de lavra, desde que verificada quaisquer das seguintes infrações: b) não cumprimento dos prazos de início ou reinício dos trabalhos de pesquisa ou lavra, apesar de advertência e multa.

Utilizando as palavras de MARTA SYLVIA VELARDE, a título de reflexão final sobre o assunto, a mineração não pode esperar ciclos de evolução da natureza para se desenvolver²⁹.

Dessa forma, não pode se sujeitar a interesses menores que aquele definido na norma constitucional, devendo as suas normas sempre ser interpretadas de maneira a possibilitar a sua absoluta estabilidade.

5. Referências bibliográficas

BEDRAN, Elias. *A mineração à Luz do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1957. vol. I.

CORREA, Carlos Piedra. *Las Servindumbres Mineras*. Santiago: Universitária, 1962.

FREIRE, William. Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro: regime constitucional brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais. *Revista Jurídica da Presidência da República*. Acesso no site www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/williamFreire_rev84.pdf em 18/10/2009.

FREIRE, William. *Natureza jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Jurídica Editora, 2007.

FREIRE, William. *Código de Mineração Anotado*. 4ª ed. Ed. Mandamentos: Belo Horizonte, 2009.

FREIRE, William. *Comentários ao Código de Mineração*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

NOVOA, Miguel Ernesto e NOVOA, Maria Gabirela. *Manual de Derecho Minero*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 33.

PIGRETTI, Eduardo A. *Manual de Derecho Minero*. 3ª edición. Depalma: Buenos Aires, 1996.

RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário escrito e aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. *Princípios de Direito Minerário Brasileiro*. Direito Minerário em Evolução. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

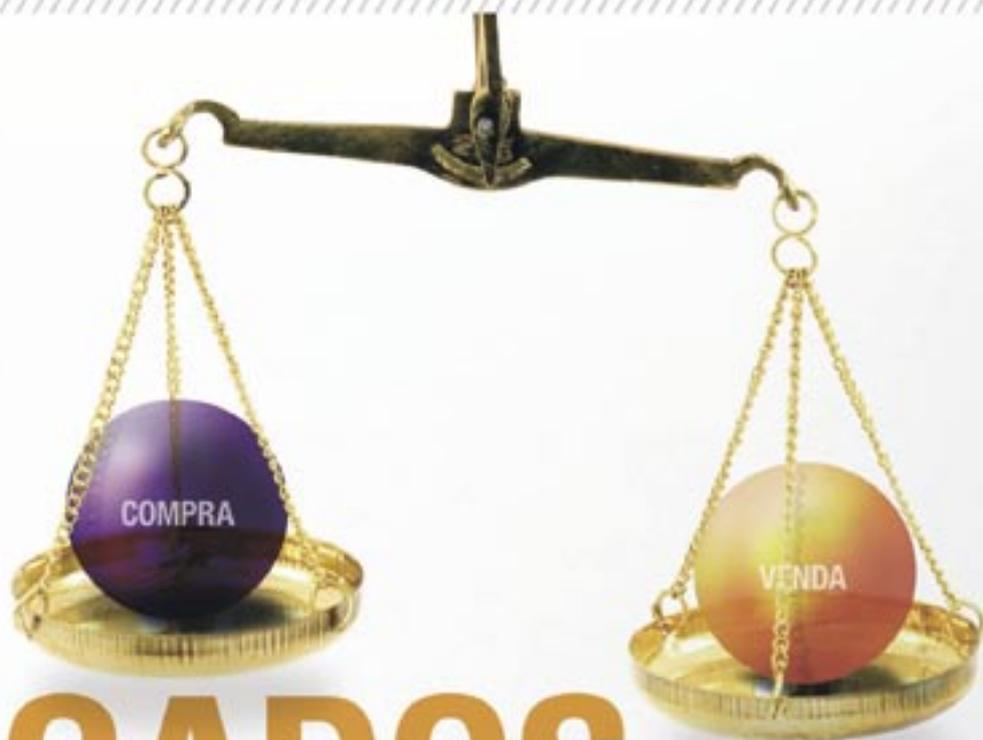
VELARDE, Marta Sylvania. *Manual de Derecho Minero*. Ástrea: Buenos Aires, 1986.



29 - VELARDE, Marta Sylvania. *Manual de Derecho Minero*. Ástrea: Buenos Aires, 1986. p. 2.

curso aprenda a INVESTIR NA BOLSA DE VALORES

ESPECIAL PARA ADVOGADOS



Na bolsa, estratégia e conhecimento são as leis que fazem a diferença!

Por isso, a XP educação preparou um curso especial para você, advogado, ganhar conhecimento sobre o mercado de ações e passar a investir com sucesso na bolsa.

Data: 01, 02 e 03 de dezembro

Horário: das 19h às 22h30min

Local: Mercure Metrôpolis Hotel

Endereço: Rua Estado de Israel, 203 - Ilha do Leite - Recife - PE

Valor: R\$ 250,00 - **DESCONTO DE 20% PARA ADVOGADOS - ÚLTIMO CURSO DO ANO**



Realização:



Athena Investimentos:

(81) 3465 3748 | www.athenainvest.com.br

www.xpe.com.br | 0800 723 3700

Pensou em Livros Jurídicos?

Venha para **CAAPE**

- ✓ Grande Acervo
- ✓ Atendimento Personalizado
- ✓ Pagamento Facilitado
- ✓ Estrutura moderna que atende ao padrão de exigência dos operadores do Direito



www.twitter.com/editoraRT



CAAPE
Caixa de Assistência dos
Advogados de Pernambuco



Livraria da CAAPE by RT

RECIFE • PE
Rua Frei Matias Teves, 280 • Loja 16
Ilha do Leite • Empresarial Albert Einstein
CEP 50070-450 •
Tel.: (81) 3221-4629 / 3423-6434