

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 586

(ano VIII)

(13/04/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

# Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -  
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional Universidade  
Granda/Espanha.*

*Coordenador do Direito Internacional  
(AM/Montreal/Canadá):* **SERGIMAR  
MARTINS DE ARAÚJO** - *Advogado com  
mais de 10 anos de experiência. Especialista  
em Direito Processual Civil Internacional.  
Professor universitário*

*Coordenador de Dir. Administrativo:*  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

*Coordenador de Direito Penal -* **RODRIGO  
LARIZZATTI (DF/Argentina):** *Doutor em  
Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Universidad del Museo Social Argentino -  
UMSA.*

*País: Brasil. Cidade: Brasília – DF.*  
*Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)*  
*WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR*

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



13/04/2016 Kiyoshi Harada  
» [Precatórios. PEC Nº 74/2015](#)

### ARTIGOS

- 13/04/2016 Larrissa Gabriella Lins Victor Lacerda  
» [A negociação coletiva no serviço público brasileiro após a incorporação da Convenção 151 da OIT](#)
- 13/04/2016 Ana Flávia Wanderley Bezerra Tavares  
» [Breves considerações acerca do controle de constitucionalidade difuso brasileiro](#)
- 13/04/2016 Filipe Ferreira Munguba  
» [Aspectos gerais do controle de constitucionalidade](#)
- 13/04/2016 André Luiz Rapozo de Souza Teixeira  
» [O Compliance aplicado ao Direito Penal](#)
- 13/04/2016 Bruno Palhano Gonçalves  
» [O princípio do juízo imediato nas ações de competência da Justiça da Infância e da Juventude](#)
- 13/04/2016 Graziela de Oliveira e Sousa Lacerda  
» [Abrigamento compulsório do idoso direito à dignidade versus direito de liberdade](#)
- 13/04/2016 Jeferson Monteiro Manso  
» [A Pena Privativa de Liberdade e sua atual eficácia](#)

### MONOGRAFIA

- 13/04/2016 Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva  
» [O caráter ressocializador da pena privativa de liberdade em face do atual Sistema Penitenciário Sul-Mato-Grossense](#)

## PRECATÓRIOS. PEC Nº 74/2015

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

A PEC nº 75/2015 já aprovada em 2º turno perante a Câmara dos Deputados seguiu para o Senado Federal para sua apreciação final.

Não se trata de nova moratória dos precatórios, como veiculado por alguns meios de comunicação de massa.

A PEC sob análise, na verdade, constitucionaliza a modulação de efeitos da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade, dentre outros preceitos, o art. 97 do ADCT que instituiu o regime especial de pagamento de precatórios vencidos e não pagos, afastando a incidência do art. 100 da CF, ressalvados os §§2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14.

Por decisão proferida pelo Plenário da Corte Suprema, no dia 25-3-2015, foi dada sobrevida ao regime considerado inconstitucional por cinco exercícios financeiros, a contar de 1º de janeiro de 2016, o que resulta no esgotamento desse regime especial no final do ano de 2020, quando voltará a vigorar regime normal previsto no art. 100 e parágrafos de Constituição.

A PEC objeto destes comentários constitucionaliza os efeitos modulatórios pelo seu art. 2º, acrescentando os arts 101,102,103,104 e 105 a Constituição de 1988, sem proceder à renumeração dos atuais dispositivos que versam sobre o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça.

Se não houver correção, essa Emenda poderá gerar problemas sérios decorrentes de duplicação dos artigos 101 à 105, cuidando de matérias diferentes.

O art. 101 prorroga o pagamento de precatórios vencidos e não pagos, em 25 de março de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2020. Até o final de 2020 as entidades políticas devedoras deverão quitar mediante depósitos mensais em conta do Tribunal de Justiça local os precatórios sob os efeitos da moratória, além dos precatórios que se vencerem dentro desse período. O problema é que o regime especial, prorrogado até 31-12-2020, ao suspender a aplicação do *caput* do art. 100 e o §5º da CF suspendeu a obrigatoriedade de inserção do valor da condenação judicial requisitado até o dia 1º de julho de cada ano no orçamento da entidade devedora, para pagamento até o final do exercício seguinte. Em outras palavras, aboliu-se a figura do precatório em mora que tecnicamente deixou de existir.

O art. 102 designa que 50% dos recursos destinados ao pagamento dos precatórios em mora para quitação segundo a ordem cronológica de apresentação, porém, respeitadas as preferências dos créditos alimentares e as preferências qualificadas (doentes e idosos) “sobre todos os demais débitos de todos os anos”. O restante por opção da entidade política devedora poderá ser destinado ao pagamento por acordo com o deságio máximo de 40%.

Mantida a regra de preferência sobre os créditos não privilegiados “de todos os anos” esses precatórios continuarão nada recebendo por conta de centenas de credores com privilégios qualificados que vão surgindo diariamente, à medida que os credores de verbas alimentícias vão completando 60 anos de idade. A redação original da PEC 62/09 conferia esse privilégio qualificado apenas e tão somente aos credores alimentares que haviam completado sessenta anos na data da promulgação daquela Emenda, mas o STF declarou a sua inconstitucionalidade sob o argumento de que estaria ofendendo o princípio da isonomia. Com esse tipo de interpretação os precatórios não privilegiados continuarão indefinidamente na fila de precatórios congelada desde 2001.

Tudo é legislado no sentido de preservar a continuidade da moratória como se esta fosse o tesouro maior da nação brasileira. De fato, só está sendo realizado o pagamento de credores com privilégio especial que recebem apenas até o limite de três vezes o valor da Requisição de Pequeno Valor – RPV –, deixando a maior parte do saldo em aberto, como que servindo de base para futuras moratórias.

Interpretação que extrai validade de um texto constitucional à custa do total esvaziamento de outro texto constitucional não obedece, a meu ver, as regras da hermenêutica. Isso só seria possível na hipótese de confronto entre uma norma constitucional e um princípio constitucional, quando este último deve prevalecer sobre a outra. Não é o caso sob exame. A interpretação sob análise viola o princípio maior da razoabilidade que se coloca como um limite à ação do próprio legislador. Como é possível admitir que o credor de precatório que perdeu seu bem por desapropriação, que a Constituição manda indenizar de forma prévia e justa, nada receba até o advento do prazo final da moratória? Era preciso que o legislador constituinte derivado agisse de forma a viabilizar o

pagamento simultâneo dos três tipos de precatórios, desde que não quebre a ordem de preferências. Afinal, onde a quebra da preferência em pagar, por exemplo, precatório sem privilégio 1995 se estão sendo pagos os credores privilegiados de 2015? Sugestões por nós feitas nesse sentido foram ignoradas. No regime de pagamento em vigor os recursos depositados pelos Estados e Municípios nas contas bancárias dos Tribunais irão se avolumando cada vez mais por conta da inusitada burocracia para fazer os cálculos para pagamento de até o triplo do valor da RPV. Entre a data do despacho que noticia o depósito e autoriza a expedição do mandado de levantamento, seguido de oitiva do credor e do devedor, transcorre, no mínimo, seis meses. Enquanto isso, o dinheiro depositado pelas entidades devedoras para solver os precatórios continuam rendendo juros e correção monetária, parte deles direcionados ao Tribunal que ordena os pagamentos, sob a denominação de *spread*. Não vai nisso nenhuma crítica ao Judiciário que está desaparelhado por conta da ausência de recursos financeiros compatíveis com as suas responsabilidades. Já tivemos a oportunidade de escrever que a chamada autonomia financeira do Poder Judiciário nunca existiu na prática. De nada adianta ter a iniciativa na formulação de proposta orçamentária do Judiciário se o Executivo tem a prerrogativa de promover os ajustes por ocasião da unificação das propostas de outros Poderes e de diversos órgãos.

O art. 103 veda o sequestro enquanto os entes políticos devedores estiverem cumprindo as normas do regime especial. Não era necessário dispositivo desse jaez.

O art. 104 permite que os Estados, o DF e os Municípios utilizem até 75% dos depósitos judiciais em razão de litígios de natureza tributária para pagamento de precatórios.

Na verdade, a Lei Complementar nº 151 de 5-8-2015 disciplina essa matéria em nível nacional, permitindo a utilização pelos

Estados DF e Municípios de até 20% dos depósitos judiciais feitos em processos de que são partes.

Como alguns Estados, como de Minas Gerais, por lei própria, facultou a utilização de até 75%, o legislador constituinte alterou politicamente o percentual de 70% para 75%. Por que não se alterou a LC nº 151/15? Porque, na prática, alterar a Constituição é mais fácil do que alterar uma Lei Complementar.

Finalmente, é facultado ao precatório compensar seu crédito com os débitos que até o dia 25 de março de 2015 tenham sido inscritos na dívida ativa, desde que “observados os requisitos definidos em lei própria do ente federado”.

Ora, o Estado e o Município que quiser instituir a compensação, e não querem, não precisam de autorização constitucional para legislar a respeito. Já existe uma norma expressa no art. 170 do CTN permitindo a compensação de créditos tributários por despacho de autoridade administrativa competente, nos termos da lei específica de cada ente político.

Isso é o mesmo que colocar uma pá de cal em cima da tênue esperança que o STF havia lançado para resolver de vez essa questão dos “precatórios impagáveis” ao delegar ao Conselho Nacional de Justiça a apresentação de uma proposta normativa disciplinando “a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos até o dia 25-3-2015, por opção do precatório”.

Como o CNJ não exerceu até agora essa faculdade, o legislador constituinte derivado resolveu deixar a critério dos entes políticos devedores efetuar ou não as compensações.

Implementada a compensação nos moldes do que estava no § 2º, do art. 78 do ADCT, mas abrangendo os precatórios de qualquer

natureza, as discussões judiciais em torno de tributos que ocupam mais de 60% do tempo de atuação dos juízos e tribunais, cessariam, desafogando o Poder Judiciário, ao mesmo tempo que os entes devedores parariam de fazer dívidas sem pagar o que devem, violentando as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Perdeu-se uma oportunidade ímpar ensejada pelo Plenário do STF para resolver definitivamente os problemas decorrentes de precatórios descumpridos. Tudo indica que todos adoram o regime de precatórios impagáveis que tem fornecido munição para disparar no vazio, enquanto a realização de outras atividades úteis e essenciais ficam prejudicadas por exiguidade de tempo disponível.

## **A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO APÓS A INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO 151 DA OIT**

**LARRISSA GABRIELLA LINS VICTOR LACERDA:** Técnica Judiciária do TJSE - Especialista em Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Social da Bahia- Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes.

**RESUMO:** O presente estudo visa abordar o que mudou no ordenamento jurídico brasileiro após a incorporação da Convenção nº 151 da OIT. A motivação para realização desse trabalho foi buscar explicações para a proibição do instituto da negociação coletiva para os servidores públicos no Brasil quando na realidade fática todos os anos são deflagradas inúmeras greves dos servidores públicos e dos empregados públicos. Para chegar tal resposta foi feita uma abordagem introdutória sobre o conceito de negociação coletiva, passando pela tríade do direito coletivo do trabalho: liberdade sindical, negociação coletiva e greve, análise de como era a situação da negociação coletiva no Brasil antes de tal incorporação e do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito desse assunto, outros atos normativos emanados da OIT que tratam sobre o tema, como o Mundo trata a negociação coletiva no serviço público, como os tratados internacionais são recepcionados no nosso ordenamento jurídico e por fim chegando à conclusão de que a regulamentação é desnecessária para a utilização da negociação coletiva pelos servidores públicos no Brasil. Utiliza-se o método dedutivo com a utilização de revisão bibliográfica e entendimentos jurisprudenciais da Suprema Corte Brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conven o n  151 OIT. Negocia o Coletiva. Servidores Públicos. Tratados Internacionais. Regulamenta o.

**ABSTRACT:** The present study aims to address what has changed in the Brazilian legal system after the incorporation of the Convention 151 of the ILO. The motivation for conducting this study was to seek explanations for the prohibition of the institution of collective bargaining for public employees in Brazil when the objective reality each year are triggered numerous strikes by civil servants and public employees . To get such a response an introductory approach to the concept of collective bargaining was taken , passing by the triad of collective labor law : freedom of association, collective bargaining and strike analysis as was the state of collective bargaining in Brazil prior to such merger and understanding of the Supreme Court on this matter , other normative acts issued ILO dealing on the subject , as the world comes to collective bargaining in the public service, such as international treaties are welcomed into our legal system and finally coming to the conclusion that regulation is unnecessary for the use of collective bargaining by public employees in Brazil . We use the deductive method with the use of literature review and jurisprudential understanding of the Brazilian Supreme Court.

**KEYWORDS:** ILO Convention No. 151. Collective Bargaining. Public Servants. International Treaties. Regulations.

---

## 1 INTRODU O

H  35 anos foi aprovada, na Confer ncia Geral da Organiza o Internacional do Trabalho na sua 64.<sup>a</sup> sessão, em Genebra, a convenço n  151. A convenço pode ser citada como a convenço sobre as rela es de trabalho na Administra o Pública, tratando especialmente da organiza o sindical e do processo de negocia o dos trabalhadores do serviço público, sendo este o objeto do presente trabalho.

O foco do presente trabalho será sobre negociação coletiva no serviço público, após a introdução da convenção nº 151 da OIT ao nosso ordenamento jurídico, sua aplicabilidade, necessidade de regulamentação e alguns entraves que impediram sua regulamentação até o momento.

O objetivo é discutir porque a negociação coletiva pode ser aplicada no aos servidores públicos, que tal aplicação é compatível com o atual ordenamento jurídico e que a negociação coletiva dos servidores públicos no Brasil já é uma realidade fática.

Usará o direito comparado para mostrar que em outros países como Inglaterra, Alemanha, Itália, Canadá, Argentina e Espanha, que já reconhece-se a negociação coletiva no serviço público e quais as formas que são aplicadas nesses países.

Fará ainda uma análise a jurisprudência brasileira antes da introdução da convenção nº 151 da OIT.

O método utilizado é o dedutivo partindo de premissas maiores e gerais até chegar a conclusões particulares e específicas e a pesquisa bibliográfica será desenvolvida com base em livros e artigos disponíveis na internet, usando também referências jurisprudenciais.

O trabalho mostrará que não há colisão entre os princípios tidos como impeditivos pelo STF e doutrina clássica e a garantia de negociação coletiva aos servidores públicos, e que através de interpretação conforme a Constituição, método adotado amplamente pela Corte Suprema, pode-se chegar a uma compatibilização e a efetiva utilização desta garantia.

Não se defende, pelo menos, que as negociações relativas à remuneração independam de legislação posterior. Entende-se que

somente quanto aos demais aspectos não remuneratórios que deve ter esse caráter autônomo.

O resultado alcançado após as pesquisas foi que depois da introdução da convenção nº 151 da OIT, a negociação coletiva dos servidores público deve ser aplicada imediatamente independente de regulamentação, servindo esta apenas para criar um procedimento unificado e sanções para os que tentem burlar aos acordos firmados.

## **2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA: CONCEITO E CONSIDERAÇÕES**

Antes de adentrar na negociação coletiva no serviço público, necessário se faz o conceito desse instrumento.

O conflito entre trabalhadores e empregadores é natural em qualquer relação de trabalho, e a solução deste pode ser alcançada de diversas formas e uma delas é através da negociação coletiva.

A negociação coletiva é uma forma de autocomposição dos conflitos, em que os próprios agentes chegam ao denominador comum sem intervenção de um terceiro, seja do Estado, através do judiciário, seja de um mediador ou árbitro.

Diversamente do direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho possui como princípio orientador a autonomia coletiva da vontade. Presume-se que há um equilíbrio entre as partes, sindicatos e empregadores, permitindo, portanto, uma manifestação da liberdade da vontade coletiva. A vontade ali externada é da categoria, pois, a entidade sindical atua em nome de seus representados e não em nome próprio.

A Constituição Federal de 1988 inseriu como direito do trabalhador no art. 7º, XXVI, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos do trabalho, resultados da negociação coletiva.

Além dessa previsão, a Carta Magna também permitiu a flexibilização de direitos trabalhistas, através da negociação coletiva, como redução de salários e compensação de jornada de trabalho.

Sendo o direito internacional fonte do direito coletivo do trabalho, a convenção 154 da OIT no seu art. 2º define negociação coletiva como :

[...] todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Um conceito trazido pelo doutrinador José Cairo Júnior (2009, p. 821) a negociação coletiva:

A negociação coletiva compreende as atividades de comunicação e pressão, que são desenvolvidas pelas organizações coletivas que representam empregador e empregadores, com o objetivo de fixar novas condições de trabalho, geralmente mais benéficas para os obreiros, por meio de convênios coletivos de trabalho (acordo e convenção coletiva de trabalho).

Distingue-se a negociação coletiva, da convenção e do acordo coletivo de trabalho, aquela é todo o processo que visa a

solução do conflito e a melhor comunicação entre os atores da relação e estes são os resultados que podem ser alcançados ou não. A negociação é obrigatória, mas a convenção ou o acordo coletivo de trabalho são facultativos.

A negociação coletiva tem diversas funções sejam elas jurídicas, políticas, econômicas ou sociais. Uma das principais é tentar remediar a desigualdade existente entre o empregado, individualmente considerado, frente ao seu empregador.

Vale ressaltar que a negociação coletiva pode tratar tanto de questões econômicas como de questões sociais. Como afirma José Cairo Júnior (2009, p. 821):

Em um momento histórico inicial, a negociação coletiva tinha como único item de discussão as questões salariais, mormente o piso salarial e percentuais de majoração remuneratória. Posteriormente, a pauta da negociação coletiva foi aumentando, de forma progressiva, para englobar a discussão sobre as demais condições de trabalho, como jornada, descansos, complementos salariais, meio ambiente de trabalho, estabilidade no emprego etc.

Quanto à negociação coletiva no setor privado, esta já está consolidada. A problemática gira em torno da possibilidade da utilização desse instrumento nas relações de serviço público. Visto que para muitos o Estado, através de seus representantes, não possui autonomia da vontade para disponibilizar do interesses do Estado. A doutrina conservadora e a jurisprudência brasileira afirmam que o direito à negociação coletiva não foi direito alcançado pelos servidores públicos, já que a Constituição Federal de 1988, não o fez expressamente no art. 37, trazendo outros limites legais

para tal reconhecimento que serão abordados posteriormente neste trabalho.

Igualmente, o reconhecimento da negociação coletiva é de extrema importância, pois ela é requisito para a deflagração de uma greve.

E assim prescreve o artigo 3º da Lei nº 7.783/89: “Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho. ”

### **3 UNIÃO INDISSOCIÁVEL DOS DIREITOS COLETIVOS DO TRABALHO: LIBERDADE SINDICAL, NEGOCIAÇÃO COLETIVA E DIREITO DE GREVE**

Não restam dúvidas de que o direito de livre associação sindical e de o de greve, este a ser limitado por lei específica, estão dentre os direitos expressamente reconhecidos aos servidores públicos, conforme art. 37, incisos VI e VII da CF.

A divergência reside se o direito à negociação coletiva está implícito ou não nesses direitos já reconhecidos. E se a omissão do legislador trata-se de uma proibição à negociação coletiva no serviço público.

O direito coletivo do trabalho deve ser visto sobre uma perspectiva triangular, como bem descrito por Arnaldo Boson Paes (2013, p. 98), poderia ser representado por um triângulo equilátero e seus lados seriam o sindicato, a negociação e a greve, de tal maneira que nenhum das três figuras da trilogia poderia faltar porque desaparecia o triângulo. Assim imaginar que se reconhece a liberdade sindical e greve e não se reconhece negociação coletiva aos servidores público, é um pensamento que foge à lógica.

O sindicato por essência tem a função de, representando sua respectiva categoria, buscar melhores condições de trabalho dos associados, sendo uma voz una da categoria frente ao empregador. Para tanto, ao se reivindicar um direito, para atingir a sua implementação, é necessária a negociação com o empregador. Em ordem cronológica, deve existir inicialmente o pleito, seguido de uma negociação e a implementação dos direitos alcançados. E então, não sendo possível, uma solução do conflito, através da negociação, se atingiria o pico do deslinde com a deflagração de uma greve.

Para Silvana Beatriz Klein (2011 apud VILHENA, 2002) os institutos da sindicalização, da greve e da convenção coletiva interligam-se de tal maneira que uns explicam os outros.

A negociação coletiva nada mais é do que a exteriorização do poder sindical. Melissa Demari (2009) de forma contundente afirma: “A negociação coletiva e greve são os elementos da atividade sindical, sem os quais ela resta comprometida, e sua ação fica reduzida à judicialização dos conflitos sociais, ou às manifestações públicas de protesto.” Pois bem, de que adiantaria as manifestações se não pudesse coagir o empregador a negociar para que se evite a paralisação das atividades laborais?

Corroborando com esse entendimento Arnaldo Boson Paes (2013, p. 80) informa que:

[...] a liberdade sindical condiciona outras liberdades e direitos fundamentais, tais como o direito à negociação e o direito de greve. É uma “liberdade-condição”, porquanto sem a liberdade de associação e a liberdade sindical não é exagerado considerar que vários direitos dos trabalhadores, numerosos elementos do sistema de relações profissionais, não passem de

normas de fachada, regras desprovidas de qualquer aplicação prática.

Com relação ao direito de greve ao servidor público, apesar de ser uma norma de eficácia limitada, o STF nos autos do Mandado de Injunção 712/PA, de relatoria do Ministro Eros Grau, determina a aplicação da Lei nº 7.783/892 aos servidores públicos. A aplicação da legislação trabalhista, contudo, não se dará nos seus exatos termos, mas com adaptações predeterminadas pelo Tribunal. Assim, imaginar que o direito à negociação coletiva não é reconhecido ao servidor público torna inconcebível o exercício da greve.

Outra não pode ser a conclusão senão de que o constituinte originário não reconheceu expressamente a negociação coletiva no art. 37 porque se trata de uma decorrência lógica, já que a negociação coletiva decorre necessariamente do direito de sindicalização, e é um antecedente necessário à greve. Indo mais longe, o direito à negociação coletiva aos servidores públicos decorre do Estado Democrático de Direito em que deve ser fomentada a participação da sociedade nas decisões do Estado. Além do que, se a Carta Magna quisesse proibir a negociação coletiva aos servidores público teria feito expressamente.

Com bem enfatizou, Silvania Zarth Soares Ferreira (2010):

Replicando o ideário social surgindo naquela época, a Constituição da República de 1988, enfatizou a existência desses direitos sociais, que antes eram reconhecidos apenas na esfera do direito internacional, O constituinte Originário os entendeu como fundamentais ao desenvolvimento pleno e justo do Estado que se iniciava e se apresentava sob a uma nova roupagem: Democrático de Direito. [...] Tanto é

verdade que o Capítulo II da Constituição, localizado geograficamente dentro do Título II (Dois direitos e garantias fundamentais), foi dedicado exclusivamente aos direitos sociais. Destaquem-se, para o que interessa ao presente estudo, o direito à associação profissional ou sindical (art. 8º) e à greve (art. 9º).

Contudo, após a incorporação da Convenção 151 ao ordenamento jurídico brasileiro, a negociação coletiva aos servidores públicos passou a encontrar respaldo expresso, pois o art. 5º, parágrafo 2º da Constituição prevê uma cláusula de expansão ou abertura sistêmica, que estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

#### **4 NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO ANTES DA INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO 151 DA OIT**

Nenhuma constituição anterior à de 1988 tratou expressamente da negociação coletiva.

Bem ressalta, Enoque Ribeiro dos Santos (2010) :

Foi somente com o advento da Constituição de 1988 que a estrutura sindical brasileira foi radicalmente alterada: introduziram-se vários aspectos de democracia sindical, com razoável valorização da negociação coletiva, acompanhando um novo estágio de desenvolvimento econômico e industrial do país.

Como já mencionado, na Carta Magna de 1988 não há qualquer menção expressa sobre a extensão do acordo e convenção coletiva aos servidores públicos.

Logo um ano após a promulgação da Carta Magna, o legislador ordinário, buscou remediar a lacuna com a promulgação da Lei 8.112/1990, Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais, e mais especificamente no seu artigo 240, alínea d, previu a negociação coletiva para os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Vale ressaltar que antes mesmo da promulgação da lei, a referida alínea foi vetada pelo Presidente da República à época, porém a redação original permaneceu com a alínea d, pois o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional e então, a lei foi promulgada conforme a redação original.

Não tardou para que o Procurador Geral da República, ajuizasse uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, distribuída sob nº 492/DF, que teve como relator o Ministro Carlos Velloso, tendo sua cautelar deferida, suspendendo o texto legal até 12 de novembro de 1992 quando julgada pelo Supremo Tribunal Federal que declarou pela inconstitucionalidade da alínea que previa a negociação coletiva aos servidores públicos federais.

E foi publicada a ementa do referido acórdão da seguinte forma:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS. CF, arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei nº 8.112, de 1990, art. 240, alíneas d e e. I – Servidores públicos estatutários: direito à negociação coletiva e à ação coletiva frente à Justiça do

Trabalho: inconstitucionalidade. Lei 8.112/90, art. 240, alíneas d e e. II – Servidores públicos estatutários: incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento de seus dissídios individuais. Inconstitucionalidade da alínea e do art. 240 da Lei 8.112/90. III – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Em análise ao voto do Ministro Relator Carlos Velloso, vemos que quanto à questão da alínea “d”, ele foi bastante simplicista concordando plenamente com o pedido e fundamentando sucintamente que a relação entre funcionários e o Estado é estatutária, divergindo da contratual, e impossibilitando assim qualquer ajustamento entre os agentes da relação, que qualquer modificação somente poderia ser realizada através de lei, respeitando o princípio da legalidade. Em outro trecho do voto, o relator resume as negociações coletivas a uma busca de alteração de remuneração, que deve respeito não somente ao princípio da legalidade, mas também ao da limitação orçamentária, observando a lei orçamentária anual e a lei de diretrizes orçamentárias. Por fim, ainda afirmou que essa não era a vontade do constituinte originário, pois não estendeu o inciso XXVI do art. 7º da CF, que reconhece os acordos e convenções coletivas de trabalho aos trabalhadores. Assim, declarou a inconstitucionalidade da alínea d do art. 240 da lei 8.112/90.

Nota-se que o relator não tocou em uma questão primordial no que diz respeito a esse assunto, se reconhecidos, expressamente pela Carta Magna, o direito de liberdade sindical e direito de greve, estaria o da negociação coletiva implícito? Ou, mesmo quanto ao direito de negociação coletiva reflexivamente tratado no inciso VI e XIII do art. 7º da CF, estes sim, estendidos os servidores públicos. O voto mostrou-se conservador, positivista e não levou em conta o espírito que trouxe a nova constituição.

Felizmente, o Ministro Marco Aurélio, voto vencido, diverge do relator, fazendo a análise da questão chave da problemática. Do seu voto pode-se extrair, a seguinte afirmativa:

Destarte, o que se nota é que no dia-a-dia da relação servidor público – Administração vem direcionando no sentido do abandono de posições rígidas e, portanto, de posições de intransigência. Pouco a pouco é abandonada a visão distorcida da necessidade de manter-se a supremacia da Administração Pública, alijando-se a introdução de todo e qualquer mecanismo que, alguma forma, possa colocar em cheque a rígida hierarquia outrora notada no âmbito do serviço público.

Demonstrando que a ideia de que o Estado não pode acordar com o servidor já não é mais uma realidade fática, ainda que seja de acordo com alguns a realidade jurídica. Deve-se despertar para o fato de que a negociação coletiva no serviço público é um fenômeno social, que se impõe ao ordenamento jurídico.

O voto faz um estudo do assunto no Direito Comparado demonstrando como vários países reconhecem o direito à negociação coletiva aos servidores públicos, e segue com fundamentos, e um deles é aquele debatido anteriormente, o Ministro julga paradoxal a existência de norma constitucional expressa prevendo a sindicalização e, mais do que isto, o direito à greve, e seguir o entendimento de que o Estado está proibido de dialogar. Ressalta ainda que os direitos dos servidores são não só coletivos, mas também da sociedade como um todo.

Segue fundamentando que em termos de direitos sociais não se tem no ápice da pirâmide das normas jurídicas a de nível constitucional, mas aquela mais favorável ao trabalhador,

sustentando assim que alínea “d” do art. 240 da Lei 8.112/90 poderia assim suprir a “omissão” da Constituição quanto ao direito social de negociação coletiva aos servidores públicos. No referido voto ainda é ressaltada a remissão contida no parágrafo 2º do artigo 39, dos incisos VI e XIII do artigo 7º da CF que versam justamente sobre o instrumento que é o acordo coletivo. Concluindo o voto da seguinte forma:

Entendo que a negociação coletiva está assegurada pela própria Constituição Federal, quer implicitamente, ao prever o direito à sindicalização e à greve, quer por remissão expressa – incisos VI e VII do artigo 7º, no que dispõem que os salários e a jornada de trabalho podem ser reduzidos, desde que isto ocorra mediante acordo coletivo – parágrafo 2º do art. 39. De qualquer maneira, dentre as interpretações possíveis, deve ser agasalhada a que conduza à compatibilidade do texto com a Carta.

Nota-se que no final do voto, o ministro Marco Aurélio, remete a um tipo de perspectiva hermenêutica, a interpretação conforme a Constituição.

O método de interpretação conforme a Constituição, conforme Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior (2013), objetiva prover o julgador de alternativas viáveis à mera declaração de inconstitucionalidade, havendo mais de uma interpretação possível, a opção deverá ser pela interpretação que promova a compatibilização vertical da norma com o texto constitucional.

Se essa técnica tivesse sido utilizada nesse julgado, poderia ter sido adotado um conceito de negociação coletiva no setor público observando os entraves constitucionais referentes à

remuneração e não ter sido declarada a inconstitucionalidade, pois havia outra interpretação a ser dada, diferente da do voto vencedor pela inconstitucionalidade que foi àquela descrita no voto vencido. De fato, à época do julgamento, esse método de interpretação era menos usual, porém não era desconhecido pelo nosso judiciário.

A questão que devemos observar é o fato temporal, o julgamento se deu em 1992, quatro anos após a promulgação da Constituição de 1988, onde ainda se amadurecia sobre o espírito da nova Carta magna.

O fato é que esse julgando é utilizado até hoje como parâmetro para declarar inconstitucionalidades de leis estaduais que preveem a negociação coletiva no serviço público.

Corroborando nesse entendimento, foi editada a Súmula nº 679 pelo STF que enuncia: “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto da convenção coletiva”.

Então, esse entendimento da ADI nº492-1/DF e de Súmula nº 679 tem sido replicado pelo Judiciário até os dias atuais. Ainda que o judiciário permaneça inerte sobre assunto até que seja mais uma vez chamado para se pronunciar, as normas de direito internacional tem evoluído nessa questão.

## **5 ATOS NORMATIVOS SOBRE LIBERDADE SINDICAL E NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO DIREITO INTERNACIONAL**

No direito Coletivo do Trabalho, os tratados e convenções internacionais são considerados fontes heterônomas. O art. 5º parágrafo 3º da Constituição Federal, dá aos instrumentos internacionais importância ímpar, quando prevê que eles podem ser incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, com status

ordinário ou constitucional, a depender de quórum de sua ratificação e da matéria que tratar.

Assim com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919 através do Tratado de Versalhes, surgiu um organismo imparcial que possui prestígio internacional e as normas por ele emanadas são de observância quase obrigatória, já que existe uma pressão internacional para isso. Quando a OIT cria uma convenção e esta é assinada pelo país, até que o mesmo a ratifique e coadune com a sua legislação interna, o país fica em débito com a sociedade internacional.

O objetivo da OIT segundo [Ana Karolina Soares Bezerra Cavalcanti](#) (2010) é “[...] promover a justiça social através do diálogo entre os atores sociais que participam efetivamente das relações entre trabalho e sociedade, quais sejam, empregados, governo e empregadores.”

No tocante a liberdade sindical a OIT desde seu ato constitutivo vem trabalhando em favor dela, com uma intensa atividade normativa. E uma de suas finalidades é, justamente, a universalização das normas trabalhistas, convergindo com a mundialização da economia.

Um acordo internacional firmado entre Brasil e a OIT está condicionado à internalização, através da aprovação pelo Congresso Nacional e posteriormente da ratificação pelo Presidente da República. Então, após a ratificação passa a ter obrigatoriedade, havendo uma incorporação automática de suas normas, independente da existência de ato complementar.

No tocante à liberdade sindical e a negociação coletiva quatro são as convenções da OIT de conhecimento necessário: a convenção nº 87, a convenção nº

98, a convenção nº 151 e a convenção nº 154.

A convenção nº 87 traz um reconhecimento de maneira geral da liberdade sindical, que abrange todos os trabalhadores sem distinção da atividade que exerce, assim incluindo os servidores públicos. Como podemos observar no artigo 2º desta convenção:

Trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão o direito de constituir, sem prévia autorização, organizações de sua própria escolha e, sob a única condição de observar seus estatutos, a elas se filiarem.

A única ressalva feita pela convenção foi quanto às forças armadas e às polícias, dizendo que quanto à eles a legislação nacional deveria determinar até que ponto poderiam ser estendidas as garantias desta Convenção. Logo, incluiu os trabalhadores da Administração Pública de forma geral. Segundo Arnaldo Boson Paes (2013, p.84) essa convenção “continua sendo o marco normativo básico da OIT em matéria de liberdade sindical, servindo os instrumentos subsequentes como meios para reforçar seu papel e vigência.” Vale ressaltar que ela não foi ratificada pelo Brasil.

Em seguida, o assunto liberdade sindical, desta vez com ênfase na negociação coletiva, volta ser tratado pelo Direito Internacional e a convenção nº 98 é publicada com o fito de garantir que ações do sindicato sejam livremente exercidas, de forma que não basta poder se associar, mas é essencial que se possa exercer efetivamente e de forma autônoma seus atos. Assim, nos seus primeiros artigos, a convenção nº 98 visa coibir quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical, ou seja, ações antissindicais dos empregadores ou do Governo. No seu artigo 4º, prevê que sejam adotadas medidas:

[...] para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de

negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

No que tange a extensão dessa norma aos servidores públicos, não houve, pois o artigo Art. 6º diz expressamente que essa Convenção não trata da situação dos funcionários públicos ao serviço do Estado e não deverá ser interpretada, de modo algum, em prejuízo dos seus direitos ou de seus estatutos.

No entanto Arnaldo Boson Paes (2013, p.87) revela que:

[...] prevalece o entendimento de que sua exclusão refere-se tão somente àqueles funcionários que exercem poder político, cujas funções estão diretamente relacionadas à Administração do Estado, não abrangendo, portanto, aqueles que exercem atividades auxiliares.

A convenção n. 98 foi ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957.

Seguindo a ordem cronológica, a próxima convenção tratar do assunto, especificadamente sobre procedimentos de negociação coletiva no serviço público, foi a n. 151 da OIT, objeto principal do presente artigo, que visa garantir o direito de sindicalização aos servidores públicos, confirmando a convenção coletiva nº 87. E afastando a ideia nebulosa da nº 98, sobre o alcance aos servidores públicos. Ela foi ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2010. A referida convenção se aplica a todos os funcionários da administração pública, excluindo apenas os servidores de alto nível, definidos como aqueles que normalmente possuem poder decisório

ou desempenhem cargos de direção ou aos empregados cujas obrigações são de natureza altamente confidencial, além das forças armadas e polícias. Também define organização de “empregados públicos”, no seu artigo 3º, como toda e qualquer organização, que tenha como objetivo fomentar e defender os interesses dos servidores. Segue dando garantias aos sindicatos e seus representados quanto sua autonomia, exercício da atividade sindical e contra discriminações com consequências no empregado dos dirigentes ou em razão da associação do servidor. Trazendo ainda facilidades que devem ser concedidas às organizações de empregados públicos. Por fim, trata de procedimentos para determinação das condições de emprego no serviço público, de acordo com o teor do seu artigo 7º:

Deverão ser adotadas, sendo necessário, medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação entre as autoridades públicas competentes e as organizações de empregados públicos sobre as condições de emprego, ou de quaisquer outros métodos que permitam aos representantes dos empregados públicos participar na determinação de tais condições.

A conclusão que chega da leitura da referida convenção é indubitavelmente que a liberdade sindical e conseqüentemente a negociação coletiva são direito reconhecidos aos servidores públicos pela Organização Internacional do Trabalho e por todos os Estados que a ratificaram.

Por fim veio a convenção 154 da OIT, para reforçar as convenções acima citadas, afirma que a negociação coletiva é um elemento essencial da liberdade sindical. Portanto, não deve ser desprezada, ao revés, deve ser fomentada e assim prevê medidas

que estimulem a negociação coletiva. A convenção traz um conceito de negociação coletiva, meios de sua aplicação (contratos, laudos arbitrais etc.) e a quem será aplicada essa convenção dentre eles inclui o servidor público e afirma que a legislação ou a práticas nacionais poderão fixar modalidades particulares de aplicação desta Convenção aos servidores públicos. Observe que usa o verbo poderá. Assim, não coloca como condição para a negociação coletiva, regulamentação pelo Estado ratificador.

## **6 OS EXEMPLOS BEM SUCEDIDOS DE OUTROS PAÍSES QUE RECONHECEM A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SERVIÇO PÚBLICO**

No que se refere ao reconhecimento da negociação coletiva aos servidores públicos, e ao direito coletivo do trabalho de maneira geral, o Brasil ainda está em fase embrionária de desenvolvimento da legislação e do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Com Base no estudo realizado por Zairo B. Cheibub (2004), publicado pela Escola Nacional de Administração Pública, podemos avaliar o paradigma de negociação coletiva no serviço público no direito comparado, objetivando demonstrar que é possível e que pode ser concebida de diversas formas.

Países como Inglaterra, Argentina, Alemanha, Itália, França, Canadá, Portugal e Espanha já reconheceram, cada um de sua forma, a negociação coletiva como instrumento cabível aos servidores públicos, como veremos a seguir.

### **a) Argentina**

A Argentina ratificou a convenção nº 151 em 1986, e no mesmo ano já deu início a realização de consultas aos sindicatos de classe de servidores públicos, que era feita através de comissões da cúpula do executivo e dos sindicatos. Então, a partir de 1992, com a aprovação da *Ley no 24.185 de Negociación Colectiva en el*

*Sector Público*, em que a negociação coletiva foi regulamentada no serviço público, podendo ser geral ou setorial, a lei trouxe ainda as limitações aos acordos que não poderiam versar sobre: estrutura orgânica da Administração Pública, princípio da direção do Estado e o princípio de idoneidade como base do ingresso e da promoção na carreira administrativa. No que diz respeito a acordos referentes à renumeração, somente limita a previsão orçamentária, que se não houve, deverá ser incluída para o próximo exercício financeiro. Além disso foi instituído a CoPAR, *Comisión Permanente de Aplicación y Relaciones Laborales*, que serve para interpretar o acordo e intervir em resolução de conflitos. A CoPAR tem uma formação paritária entre Estado e sindicatos, e no caso de não chegar a comum acordo numa resolução de conflito, pode-se utilizar da mediação e arbitragem.

#### a) Canadá

O país é formado por províncias que possuem soberania sobre suas jurisdições. Assim existe um regra para o servidores federais e outra para os servidores das províncias. O servidores públicos federais do Canadá são regidos pela mesma lei dos empregados privados, e a negociação coletiva foi reconhecida em 1967, mas são excluídos a polícia montada real Canadense, os empregados de cargos de direção, os que trabalham no Parlamento e os envolvidos na administração do Canadian Labor Code (legislação que regulamenta as relações de trabalho no setor privado). Ainda assim, o objeto de que pode ser negociado é menos amplo que o do setor privado, e as matérias que não podem ser objeto de negociação, serão objeto de consulta. Já no início da negociação, as partes devem escolher qual mecanismo de resolução usarão em caso de impasse, se a greve ou a arbitragem, a escolha não poderá ser alterada.

#### b) Alemanha

A Alemanha é uma república federativa, entretanto se aplica a mesma legislação aos estados e municípios, assim como a remuneração dos servidores nas diferentes esferas é equiparada.

Lá existem três categorias de servidores públicos: *Beamte*, *Angestellte* e *Arbeiter*, a primeira categoria são os servidores públicos propriamente ditos que possuem estabilidade e não possuem direito à negociação coletiva e à greve, a segunda categoria são os servidores de “colarinho branco” e a terceira categoria são os trabalhadores manuais, estes dois últimos possuem direito à negociação coletiva e à greve. Ainda que possa parecer injusto, o que se tem visto na prática é que as vantagens concedidas aos *Angestellte* e aos *Arbeiter*, são estendidas por meio de legislação aos *Beamte*. Existem dois tipos de acordo, o acordo-quadro e o acordo de pagamento, o primeiro trata de questões não salariais e pode ter validade de anos, enquanto o segundo trata exclusivamente de salário e é realizado anualmente e de forma nacional. Quanto à resolução dos conflitos, por ventura, existentes durante a negociação não há sistema obrigatório e as dúvidas quanto interpretação dos acordos será julgada no Judiciário.

#### c) Inglaterra

O direito de negociação coletiva a todos trabalhadores da economia foi reconhecido na Inglaterra em 1917. A distinção entre trabalhadores públicos e privados na Inglaterra sempre foi tênue, de forma que o direito de negociação coletiva desde que foi reconhecido para os trabalhadores de forma geral, abrangeu aos públicos sem questionamentos. Em 1919 foi adotado pelo governo britânico o sistema *Whitley*, que previa a criação de um comitê negociador nacional, paritário que chegariam a um acordo e este serviria de paradigma para os subsequentes acordos regionais e locais, foram excluídos desse sistema os policiais, guardas penitenciários, servidores do Parlamento, servidores públicos sênior, médicos, dentistas e juízes. Para estes foi criada uma

agência especializada para revisão salarial. Entretanto, a partir de 1979 houve um declínio do sistema *Whitley* que foi substituído pelo programa *Next Steps*, em que houve uma descentralização da autoridade gerencial para quase 100 agências que em 1992 passaram a ter ampla autonomia para negociar salários e condições de trabalho.

d) Itália

Com a Constituição de 1948, a Itália reconheceu o direito à sindicalização e à greve. Entretanto, somente a partir de 1960 que algumas leis foram aprovadas de forma que permitiram a negociação coletiva no serviço público, ainda assim foi incumbido às autoridades administrativas determinar qual seria o limite da negociação. A partir de 1993, tendo em vista uma crise no setor público, o governo iniciou um processo de contratualização das relações de trabalho, para alcançar os critérios de Maastricht para a união monetária europeia. Assim com a contratualização, a negociação coletiva poderia ocorrer sem amarras, ficaram excluídos do processo os diplomatas, juízes, advogados, professores universitários. Então, criou-se a ARAN, uma agência executiva que passou a representar o governo nas negociações, estando limitada às diretrizes orçamentárias e ao aceite da autoridade governamental e da Corte de Auditores do Estado. Os servidores em geral foram divididos em setores e as negociações ocorrem distintamente para cada um. Os acordos podem ter duração de até 02 anos para questões salariais e até 04 anos para demais questões.

f) França

A França reconheceu o direito à sindicalização em 1946 e regulamentou o direito à greve somente em 1983. A partir de 1983, foi dado o direito aos sindicatos participarem da negociação, ainda segue o modelo em que os sindicatos negociam com o governo e

após forma-se um documento, sumário das conclusões, que não possui valor legal e é um compromisso político que geralmente é cumprido pelo Governo. Todas as negociações salariais são realizadas, centralizadamente, com o Ministro da Função Pública, Reforma do Estado e Descentralização. Outras questões específicas, que não envolvem remuneração, podem ser negociadas nos diferentes Ministérios.

#### g) Espanha

Por último, a Espanha que é o país mais comparado pela doutrina do Brasil nesse aspecto de negociação coletiva. Isso porque o histórico é o parecido, mas a solução encontrada foi distinta. Vejamos, a Constituição Espanhola, assim como a brasileira, silenciou quanto ao direito de negociação coletiva ser direito estendido aos servidores públicos, se limitou apenas a extensão do direito de sindicalização e greve. E a partir daí surgiram três correntes sobre a aceitabilidade da negociação coletiva no serviço público pela Constituição da Espanha: a primeira era de que não havia reconhecimento nem impedimento e que dependia de uma legislação ordinária; a segunda pregava que o direito à liberdade sindical compreendia o direito à negociação coletiva e por fim; a terceira entendiam que o artigo que consagrava a negociação coletiva entre trabalhadores em geral e empresários seria plenamente extensível aos servidores públicos. A celeuma se arrastou até 1982 quando o Tribunal Constitucional da Espanha, entendeu conforme síntese de KLEIN (2011) que a carta magna daquele país não reconheceu o direito à negociação coletiva nem de maneira autônoma nem de maneira derivada da liberdade sindical. E então em 1984, a Espanha ratificou a Convenção nº 151 e no ano seguinte a convenção nº 154 da OIT. Ligeiramente, ainda em 1985 foi aprovada a Lei Orgânica nº11/85 que definiu e unificou o conteúdo da expressão liberdade sindical para trabalhadores da iniciativa privada e pública e ainda afirmou que o exercício da atividade sindical compreende o direito à negociação coletiva, greve

e ajuizamento de dissídios individuais e coletivos. E então, com a ideia de que a negociação coletiva é indissociável da liberdade sindical e da greve, foi modificada o Estatuto Básico do Servidor Público, criando-se um capítulo para tratar sobre a negociação coletiva e a participação na determinação das condições de trabalho. E então, foi institucionalizado a participação dos servidores públicos nas suas condições de trabalho, mediante a negociação coletiva, entre outros, segundo Melissa Demari (2009, p. 27) podem ser temas da negociação coletiva: Reajustes e aumentos, processo de elaboração e oferta de empregos públicos, classificação dos postos de trabalho, ingresso e ascensão na carreira, medidas sobre a saúde do trabalho etc. A partir daí podem surgir dois resultados da negociação coletiva: acordos ou pactos. Como diferencia Melissa Demari (2009,p. 27) os acordos versam sobre matérias de competência do Conselho dos Ministros, Conselho do Governo de Comunidades Autônomas ou Pleno das entidades locais e sua aceitação está condicionada à expressa e formal aprovação do órgão da Administração no âmbito respectivo. Já o pacto, vincula as partes sem a necessidade de aprovação pelo governo, e essa dispensa se dá porque os pactos são pertinentes somente às matérias mais específicas e de menor complexidade, em que um órgão administrativo específico dispõe de certa autonomia funcional, gerencial e territorial. No que diz respeito a interpretação dos pactos e acordos dispõe Silvana Beatriz Klein (2011) : “[...] pode ser feita por reclamação individual até a utilização dos sistemas de solução extrajudicial. A interpretação interna é feita mediante comissões paritárias, enquanto a solução extrajudicial contempla os procedimentos de mediação e arbitragem.”

Com o estudo comparativo de como a negociação coletiva se desenvolve em países com diferente forma federativa e legislações, chegamos à conclusão de que o Brasil está aquém da sua possibilidade, e que após a ratificação da convenção nº 151 não se

pode mais postergar a aplicação da negociação coletiva no serviço público brasileiro.

## **7 CONVENÇÃO 151 DA OIT E OS EFEITOS DA SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO.**

Em 07 de junho de 1978, em Genebra, na 64ª Reunião da Conferência internacional do Trabalho, foi aprovada a convenção nº 151 da OIT. Nesta ocasião não somente o Brasil, mas diversos países a assinaram. A mesma entrou em vigor no plano internacional em 25 de fevereiro de 1981. A convenção 151 foi denominada como “Convenção Relativa às Relações de Trabalho na Função Pública, 1978”.

No preâmbulo da convenção, foi explicitado que para a edição da convenção foi levado em conta a expansão considerável das atividades da função pública e a necessidade de que as relações de trabalho entre as autoridades públicas e os trabalhadores da função pública sejam sadias, assim como foi ponderado grande diversidade dos sistemas políticos, sociais e económicos dos Estados Membros.

A primeira parte da convenção trata da esfera de aplicação e definições, prevendo que a referida convenção se aplica a todos as pessoas que fossem empregadas pelas autoridades públicas, se não houvesse outra legislação mais benéfica. E somente permite exceções, estas a serem determinadas pela legislação nacional aos cargos políticos de carácter altamente confidencial, às forças armadas e à polícia.

Define ainda na primeira parte, organização de trabalhadores da função pública, como toda organização que tenha por fim promover e defender os interesses dos trabalhadores da função pública.

Na parte seguinte, trata da proteção ao direito de organização, devendo ser garantida a proteção contra todos os atos de discriminação que acarretem violação da liberdade sindical e exemplifica que deve ser coibida a prática de subordinar o emprego à condição de não se filiar a um sindicato ou a obrigação de se desfilial, assim como não deve prejudicar de qualquer forma um trabalhador da função pública devido a sua filiação.

Dispõe que a organização de trabalhadores da função pública devem gozar de autonomia completa em face das autoridades públicas assim como deve ser protegida de atos de ingerência em sua formação, funcionamento e administração.

Em sua parte III trata das facilidades que devem ser concedidas às organizações de trabalhadores, prevendo que seus representantes devem ser poder cumprir suas funções de forma eficaz e célere, seja durante a jornada ou fora dela, de forma que não prejudique a prestação do serviço público.

Já a parte IV se refere aos processos de fixação das condições de trabalho, que a negociação coletiva ou qualquer outro processo que permita a participação dos servidores públicos deve ser encorajada e permitido seu amplo desenvolvimento.

É nessa parte que se fala, indubitavelmente, que a negociação coletiva deve ocorrer no serviço público, não somente por impulso dos trabalhadores, mas principalmente que sejam promovidas as condições necessárias pelo Estado para que as negociações se realizem.

A parte V trata das formas que os conflitos devem ser solucionados, sendo estas através da negociação entre as partes interessadas ou por um processo que dê garantias de independência e imparcialidade, tal como a mediação, a conciliação ou a arbitragem.

E pode-se extrair das considerações finais, no art. 11, item 3 que entrará em vigor para cada membro doze meses após a data em que tiver sido registrada a sua ratificação.

Com o conteúdo da convenção explicitado, pode-se seguir a tramitação da internalização da mesma no ordenamento jurídico brasileiro.

O processo de internalização ou recepção de um tratado internacional se faz necessário para que o referido instrumento se torne norma jurídica interna. Esse processo é dividido em fases, quais são, segundo Alexandre de Moraes (2008, p. 569): negociação, assinatura, referendo e ratificação. A primeira fase, negociação, ocorre ainda no plano internacional quando está sendo elaborada o texto final tratado internacional. A segunda fase, assinatura, segundo o art. 84, VIII da Constituição, é de competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Na terceira fase, referendo, é o momento em que é dado o primeiro passo a real internalização do ato internacional, segundo preza o art. 49, inciso I da Constituição Federal é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Assim o legislativo, através do Congresso Nacional, deverá deliberar sobre a aprovação do tratado e o instrumento utilizado, em caso de aprovação, é o Decreto Legislativo, sendo promulgado pelo Presidente do Senado e enviado para publicação, o que autoriza o Presidente da República a ratificá-lo. E então é passada para a fase derradeira, a ratificação e promulgação que ocorrem na forma de um ato único, através do decreto presidencial. Passando a possui vigência no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto aos status em que ela ingressa no nosso ordenamento, vai depender de forma em que foi aprovado e assunto

que trata. Podendo assumir o status de emenda constitucional, de norma supralegal e de lei ordinária federal.

A Constituição federal após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 passou a prevê no seu artigo 5º paragrafo 3º, a seguinte redação:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dois são os requisitos para se ingressar com o status de emenda constitucional: um formal que é o quórum de 3/5 dos votos em 02 turnos de votação, equivalente ao mesmo exigido para a aprovação das emendas constitucionais e um material que é versar sobre direitos humanos. Os dois requisitos são cumulativos.

Logo, se não versar sobre direitos humanos, possuirá hierarquia infraconstitucional de lei ordinária.

A dúvida pairava quando apesar de versar sobre direitos humanos, não passaram pelo quórum de aprovação exigido. E então na decisão do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP em 03 de dezembro de 2008, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso a questão foi resolvida de forma que o status desses tratados internacionais que foram aprovados por processo diverso do especificado no artigo 5º, § 3º da CF seriam de supralegalidade, estando abaixo das normas constitucionais e acima das leis ordinárias.

Podemos extrair do Voto do Ministro Gilmar Mendes a seguinte explicação:

[...] os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipara-los a legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Há ainda quem entenda que é essas normas de direitos humanos, consubstanciadas em tratados internacionais, são entendidas como materialmente constitucionais, ainda que formalmente não o sejam. É o que entende, por exemplo, MAZZUOLI (2008, p. 104), ensinando que:

Se os direitos e garantias no texto constitucional ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu bloco de constitucionalidade.

Agora tratando da internalização da Convenção 151 ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como vimos, a Convenção 151 da OIT começou a vigorar no plano internacional em 1981, o Brasil depois de ter sido pressionado expressamente pela OIT, por meio do Comitê de Liberdade Sindical, que vinha questionando o Brasil sobre sua omissão, até que 2007 solicitou expressamente que o Brasil informasse a OIT sobre qual a medida adotada para garantir aos servidores públicos o direito de negociação coletiva. E somente, então, o Brasil esboçou intenção de aprová-la, em 2008, com o projeto de decreto legislativo, PDC 795/2008 apresentado na Câmara de Deputados que somente foi

ser votado em 01/10/2009 e antes da sua efetiva votação, havia sido incluída da pauta dez vezes e retirada por diversas justificativas, sua votação ocorreu em turno único naquela casa seguindo na forma de PDS- Projeto de Decreto Legislativo (SF), Nº 819 de 2009 para o Senado Federal, onde tramitou e foi votado em turno único em 30/03/2010.

Finalmente em 2010 que o Brasil aprovou a convenção nº 151, através do Decreto Legislativo nº 206 de 07.04.2010, aprovação essa com ressalvas, que na verdade foram explicativas. A primeira foi com relação à expressão "pessoas empregadas pelas autoridades públicas" que seria considerada para fins de aplicação interna tanto os empregados públicos, ingressos na Administração Pública, mediante concurso público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), quanto os servidores públicos, no plano federal, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os servidores públicos, nos âmbitos estadual e municipal, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos. E quanto a expressão "organizações de trabalhadores na função pública" somente seriam consideradas as organizações que fossem constituídas de acordo com o art. 8º da Constituição Federal.

E então, seguiu para a ratificação pela Presidente da República, ato que levou quase 3 anos para ocorrer, em 06.03.2013 através do Decreto Presidencial nº 7944.

Notadamente, não houve vontade política para a internalização desta convenção. Já que o processo inteiro levou 06 (seis) anos para ocorrer.

Quanto ao status que a convenção nº 151 da OIT adquiriu com sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. Como descrito acima, a votação ocorreu em turno único em cada uma das casas do Congresso Nacional, assim não observou o requisito procedimental exigido pelo paragrafo 3º do art. 5º da Constituição

Federal, não foi aprovado por 3/5 dos votos em 02 turnos de votação.

No que tange ao seu conteúdo, a convenção nº 151 trata de proteção ao direito de sindicalização e de procedimentos sobre condições de emprego no serviço público. A Declaração Universal de Direitos Humanos no seu art. XXI, item 4, prevê: “Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.”. E então, a liberdade sindical é direito humano e como enfatizamos durante todo o trabalho, a negociação coletiva é elemento essencial da liberdade sindical. Assim o direito à negociação deve ser tratado como direito humano. Chegando a conclusão de que, se a convenção nº 151 trata de direitos humanos e foi aprovada por turno único em cada uma das casas, como exposto acima, ela foi introduzida no nosso ordenamento jurídico como norma supra legal.

O que podemos concluir é que aquela decisão do STF, na ADIN nº 492-1/DF, deixa de vigorar, pois houve uma modificação no ordenamento jurídico com a edição do Decreto Legislativo 206/2010 e o Judiciário através de suas decisões ainda que possuam forma erga omnes e vinculante, não vinculam o legislativo.

Os sindicatos, federações e confederações vem há anos fazendo pressões para que a convenção 151 fosse aprovada, depois ratificada e o novo estatuto dessas organizações é a regulamentação da convenção pelo Governo.

O fato, é que na prática nunca se precisou da internalização da convenção 151 ou de sua regulamentação para se utilizar da negociação coletiva. O que ocorre é descompasso entre o direito e o fato. Pois como é cediço, ocorrem todos os anos, por diversas categorias de servidores públicos, tentativas de negociação algumas vezes frustradas, originando processo de greve que por fim

acabam sendo declaradas ilegais, e outras que são frutíferas e terminam com o acordo firmado sendo levado ao legislativo.

Em que pese o entendimento do STF, alguns entes federativos antes mesmo da incorporação da convenção 151 da OIT já haviam intstitucionalizado, a negociação coletiva com os servidores público. Silvana Beatriz Klein (2011 apud MALDONADO, 2007) exemplifica com o Município de Várzea Paulista, onde a negociação coletiva já é realizada desde 2005 e foi regulamentada pelo Sistema Democrático de Relações de Trabalho através da Lei Complementar Municipal nº 181, de 29/10/2007. O referido Sistema é destinado à autocomposição de conflitos individuais ou coletivos, entre a administração pública, o servidor público, o sindicato dos servidores e os usuários dos serviços públicos municipais. Todos os aos em abril são realizadas 04 reuniões extraordinárias tendo como pauta as reivindicações referentes à data-base.

No âmbito federal, o primeiro exemplo ainda eu muito restrito foi a Mesa de Negociação Permanente do SUS que foi instituída pelo Conselho Nacional de Saúde em 1993, que funcionou até final de 1994, voltando a ser instalado somente em 2003. De forma mais ampla, abrangendo todos os servidores público federais, percebemos um esboço de institucionalização da negociação coletiva a partir de 2003 com a criação da Mesa de Negociação Coletiva Permanente, Coordenada pela Secretaria de Recursos Humanos, Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal do Executivo e subordinada ao *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão* e possuindo representantes dos servidores públicos com o objetivo de avançar nas negociações relacionadas a estruturação de carreiras e condições de trabalho dos servidores. Segundo Arnaldo Boson Paes (2013, p.123) essa iniciativa buscou estimular o diálogo e instituir instrumentos de composição de conflitos de trabalho na função pública.

Além da mesa central, foram criadas 10 mesas setoriais, para tratar de assuntos específicos, ressalvada as matérias econômicas que só devem ser discutidas na mesa central. Os princípios a serem observados pela Mesa são: legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade ou indisponibilidade do interesse público, qualidade dos serviços, participação, publicidade e liberdade sindical.

*Através do Decreto n. 7.674/2012, foi criado o Subsistema de Relações de Trabalho no Serviço Público Federal, com a finalidade de organização do processo de diálogo com vistas ao tratamento dos conflitos nas relações de trabalho no âmbito do Poder Executivo Federal. Como bem observa Arnaldo Boson Paes (2013, p. 124):*

*O texto propositadamente evita o uso da expressão 'negociação coletiva', referindo-se apenas à 'negociação de termos e condições de trabalho', indicando como objetivo 'a democratização das relações de trabalho e busca de solução dos conflitos por meio da redefinição das condições de trabalho.'*

Devemos indagar, se a Convenção já foi recepcionada pelo ordenamento jurídico nacional através do Decreto Legislativo 206/2010 e do Decreto Presidencial 7944/2013, reconhecendo ao servidor público o direito ao exercício da negociação coletiva no Brasil, o que mais temos que esperar para realização da negociação coletiva no setor público?

## **8 (DES)NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 151**

A questão que enfrentamos é se a convenção 151 devidamente recepcionada pelo direito brasileiro é autoaplicável e tem eficácia plena ou não?

Em que pese, existam alguns Projetos de Emenda à Constituição e projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Exemplificando com a PEC nº 129/2003 e nº 369/2005 que buscam a inclusão desse direito no rol elencado pelo art. 37 da Constituição e os Projetos de Leis nº 4.554/2004 e 6.126/2005, entendemos que não há necessidade de lei alguma para que a negociação coletiva no serviço público passe a vigorar.

A doutrina clássica, José Afonso da Silva, classifica quanto a eficácia as normas constitucionais da seguinte forma: as que possuem eficácia plena, as que possuem eficácia limitada e as que possuem eficácia contida.

Segundo Pedro Lenza (2010, p. 177), são normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata “[...]aquelas que estão aptas a produzir seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional.”

Segue conceituando (LENZA, op. cit., p.177) que as normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva tem aplicabilidade direta e imediata e produzem seus efeitos desde logo, mas poderá norma infraconstitucional reduzir sua abrangência. E que as normas de eficácia limitada são “aquelas que não têm o condão de produzir todos seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional.”.

Quando se analisa o § 1º do art. 5º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Percebe-se que não pode ser outro o entendimento senão o de que a convenção nº 151 possui eficácia plena e auto-aplicabilidade.

Como já se viu, o direito à negociação coletiva, trata de um direito fundamental, direito social, sendo elemento essencial do direito de liberdade sindical. Topograficamente o art. 7º, que trata

de direitos sociais de forma geral está no título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Por ser tratar de direito humanos, como já se tratou, a negociação coletiva faz parte deste gênero, a aplicação da convenção nº 151 da OIT deve ser o mais abrangente possível, e sua interpretação realizada de forma sistemática e ampliativa, garantindo maior proteção ao indivíduo e não ao Estado, assim já decidiu o STF no HC 96772, que teve como relator o Ministro Celso de Mello :

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS:  
A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a

sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

Posto isto, desde 06 de março de 2013 quando foi ratificada a convenção nº 151, não há óbice legal para a eficácia de qualquer negociação coletiva realizada entre o servidor público e o Estado.

Bem verdade, que a regulamentação faz-se interessante principalmente para unificação do processo de negociação, criação de punições para a negação de abertura do canal de negociação, assim como para aqueles que descumprirem o acordo firmado.

Daí surge supostos entraves jurídicos, já expostos pelo Supremo Tribunal de Justiça na ocasião do julgamento da ADI nº492-1/DF, que ao negociar o Administrador violaria o princípio da legalidade e da limitação orçamentária, como já frisamos esse entrave vê a negociação coletiva somente pelo ângulo remuneratório.

Bem leciona Silvana Zarth Soares Ferreira (2010): “Essas questões de legalidade e restrição orçamentaria devem ser vistas sob a ótica de simples limites e parâmetros. Se não forem excedidos, hígida é a negociação coletiva. Não deve servir como impeditivo.”.

Como bem sabemos, um acordo coletivo pode ter cláusulas econômicas e sociais. Podendo tratar tanto de remuneração como

se jornada de trabalho, compensação de jornada, meio ambiente de trabalho, segurança e saúde do trabalho, etc.

Nem só de dinheiro vive o homem. Não deixa de ser verdade, principalmente para as carreiras mais desvalorizadas, que o salário é o mais importante. Entretanto, podemos ver que após atingir certo patamar salarial, os trabalhadores começam a buscar melhores condições de trabalho. E para aqueles em que as condições são precárias, antes mesmo do salário, eles buscam melhorias para poderem continuar a trabalhar.

O que defendemos é que seja criado um sistema híbrido e moderado, não podemos achar que com a convenção nº 151 da OIT recepcionada levaremos a negociação coletiva do setor privado para o setor público, isso seria inconstitucional. Deve ser adotado um sistema em que a negociação coletiva esteja compatível com a Constituição Federal e para que haja essa harmonização o sistema de negociação coletiva de ser tripartite: servidores, através dos sindicatos, governo e legislativo.

Harmonização essa que já era defendida pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI nº 492, que defendia um interpretação no art. 240 da 8.112 conforme a constituição e sua consequente declaração de constitucionalidade, á época manifestou-se :

Frente às limitações constitucionais, a negociação com os servidores certamente não terão a amplitude daquelas ligadas ao setor privado, mas daí excluí-las é olvidar o próprio texto constitucional além de retroagir-se a fase em relação à qual não se deve guardar saudades.

Daí já se pode extrair que a negociação coletiva no serviço público só é cabível se for temperada, adequada e interpretada conforme a Carta Magna.

Bem ressalta Melissa Demari (2009):

[...] não há obstáculo jurídico que impeça que um sindicato de servidores negocie com a Administração o envio de um projeto de lei ao competente órgão legislativo, ou mesmo a reserva de verba orçamentária no exercício posterior para viabilizar a concessão do reajuste.

Assim, seriam criadas mesas de negociação compostas pelos representantes dos entes públicos e sindicatos de funcionários públicos que buscariam o consenso, e ao alcançá-lo, seria submetido na forma de projeto de lei ao Parlamento. Devendo as partes da mesa, estarem cientes de que somente após a aprovação no Legislativo é que o acordo seria executado assim como estariam sujeitas a dotações orçamentárias, podendo ficar designado para outro exercício financeiro.

Pois, esse é o modelo de negociação que defendemos para que as questões econômicas, remuneratórias possam ser tratadas através da negociação coletiva. Nesse aspecto, necessariamente precisaríamos de apreciação pelo Legislativo do projeto de lei.

Para que esse tipo de negociação coletiva atinja a sua finalidade e a satisfação dos envolvidos, o processo legislativo deve ser mais eficiente, como sabemos, quando é do interesse um projeto de lei consegue ser votado em dias, e é nessa celeridade que os projetos de lei referente às negociações coletivas devem tramitar, abrindo mão da conhecida lentidão e complexidade que o processo legislativo pode ter.

Até porque as demais matérias seguem o modelo clássico, um processo de negociação vinculante, que o resultado, é obrigatório e dispensa a chancela do Poder Legislativo, bastando apenas ato necessário e suficiente do Chefe do Poder Executivo, ou alguém por ele delegado, deixando assim de ser meramente consultiva e pré-legislativa e passa a ser efetiva.

No estado democrático de direito, a participação da sociedade é sustentáculo, não podendo ser diferente com os servidores públicos. Quando o povo participar das decisões do seu Governo, cria-se uma satisfação coletiva, de pertencimento, o povo faz as escolhas ainda que indiretamente. E a negociação coletiva tem o mesmo espírito, quanto mais o servidor acreditar que participa da definição de suas condições de trabalho, mais ele estará satisfeito, e ao contrário de que alguns pensam a satisfação do servidor público não traz benefícios apenas para a classe, mas também para a coletividade usuária dos serviços públicos assim como para o Estado, que pode prestar melhores serviços. Como é cediço, um conflito é resolvido de melhor forma quando as partes podem chegar a partir de suas próprias conclusões à solução.

Nesse passo, Melissa Demari (2009, 107) leciona:

[...] milita ainda em favor da tese da afirmação da negociação o fato de o País ter sido concebido como Estado Democrático de Direito. Neste, impõe-se a participação ativa e operante na coisa pública não por meio de simples instituições representativas, mas mediante o reconhecimento da centralidade da participação na formação das decisões, institucionalizando-se normas jurídicas destinadas a propiciar a expressão e a negociação direta dos interesses em confronto. Com efeito, no Estado Democrático de Direito, os funcionários públicos

conquistam os direito inerentes à cidadania plena, vindo reconhecida pelo direito a sua esfera de vontade, que se manifesta sob a forma de autonomia coletiva.

Com a negociação coletiva no serviço público, podemos criar um novo sistema de administração de pessoas no serviço público, onde o servidor, o administrador e a sociedade são agentes. Como ressalta Silvania Zarth Soares Ferreira (2010):

Insta ressaltar, ainda, que a negociação coletiva no setor público representa a ruptura do sistema unilateral de administração de pessoas. Passa-se ao sistema bilateral em que se adota uma nova perspectiva, calcada nos interesses não apenas da Administração (empregado), como também dos servidores público (empregado) e da sociedade (destinatária do serviço).

Uma consequência da utilização da negociação coletiva no serviço público será a desjudicialização das demandas dos servidores públicos, os servidores deixaram de buscar o judiciário para responder seu conflito com o Estado, o que cria processos com inúmeros autores, ações repetitivas e lentas, pelos privilégios concedidos ao Estado quando parte processual. Com a negociação coletiva muitos desses problemas poderão ser rapidamente resolvidos nas mesas de negociação.

Outro argumento que corrobora com a desnecessidade de regulamentação segundo a OIT deve realizar-se no prazo de um ano, prorrogável por igual período, prazo que escoou em junho de 2012. Assim, ainda que houvesse necessidade de regulamentação, o prazo para tal já expirou estando o Brasil mais uma vez em débito

com a comunidade internacional, de forma que o direito poderia ser exercido ainda que não regulamentado.

Atualmente existem duas propostas de regulamentação sendo elaboradas, uma pelo Ministério de Trabalho e Emprego (MTE) e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

Do estudo detalhado realizado por Arnaldo Boson Paes (2013, p.125) em sua obra sobre o tema pudemos extrair como pontos importantes desses estudos e minutas dos dois ministérios.

O Ministério do Trabalho e do Emprego criou um Grupo de Trabalho, através da portaria 2093/2010, que vem trabalhando, desde setembro de 2010, num projeto de regulamentação da convenção. O grupo é formado por representantes de Servidores Públicos Municipais, Estaduais e Federais junto com o MTE. A minuta do projeto de lei elaborado pelo MET é aplicável nas três esferas de governo e dispõe sobre a organização sindical no setor público, afastamento de dirigentes, negociação coletiva, aplicação do direito de greve e sobre o custeio da organização sindical. Sobre a organização sindical adota o sistema confederativo. Organizando os servidores por categorias, prevendo a unicidade sindical e criando o Conselho Nacional de Relações de Trabalho do Setor Público. No que tange ao sistema de negociação coletiva, a minuta dispõe que a Administração Pública deve assegurar o diálogo social e o fortalecimento das negociações coletivas entre as entidades sindicais. Elevando ao nível de dever do Estado e direito dos servidores públicos. Prevê ainda que a negociação coletiva poderá ser provocada por qualquer das partes envolvidas e pode envolver questões gerais, específicas ou setoriais e que o sistema deve ser permanente e observado os princípios da boa-fé, reconhecimento das partes e do respeito mútuo. Vale ressaltar que somente as entidades sindicais poderão negociar em nome dos servidores. Na minuta, ainda, traz como dever da Administração Pública adotar

medidas administrativas necessárias à efetivação do acordo e as matérias que estiverem sujeitas à aprovação do Legislativo deverão ser encaminhadas para apreciação no prazo máximo de 30 (trinta) dias e que após a assinatura e depósito do acordo ele é irrevogável e irretratável.

Em julho de 2007 é criado pelo MPOG, um grupo de trabalho com a participação do governo e das seguintes entidades, ISP, Dieese, CUT, CNTSS, FENAFISP, UNAFISCO, CONFETAM, PROIFES, SINASEMPU, UNACON, SINDRECEITA, CONDSEF, FENAJUFE, FASUBRA, SINAIT com finalidade de discutir e elaborar propostas dos instrumentos legais para Negociação Coletiva no Serviço Público e o conseqüente encaminhamento ao Congresso pelo governo, foram concluídas por este grupo, três minutas de projetos que tratam respectivamente: um texto de caráter geral aplicável nos três níveis de governo que dispõe sobre tratamento de conflitos e diretrizes básicas de negociação coletiva no serviço público, e outros dois textos, específicos para União, sobre Sistema Nacional de Negociação Permanente no Serviço Público Federal e uma nova redação ao artigo 92 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que trata da liberação para o exercício do mandato classista.

O texto da primeira minuta considera indissociáveis do processo de democratização das relações de trabalho na função pública as categorias jurídicas liberdade sindical, negociação coletiva e greve. Propõe a instituição da negociação coletiva em âmbito permanente, organizado em todos os poderes e nas três esferas de governo. O texto não impõe a obrigatoriedade de obtenção de registro sindical, não estabelece base mínima, não define categoria profissional, não trata de contribuição compulsória e não adota o modelo confederativo, e assim segundo Arnaldo Boson Paes (2013, p.130) seria possível a ratificação da convenção nº 87 da OIT que busca um sistema de maior liberdade sindical.

No que tange a negociação coletiva traz o mesmo conceito e observação e os mesmos princípios da minuta do MTE, com a distinção de que a entidade não sindical pode participar da negociação, desde que representativa, a negociação coletiva será exercida exclusivamente por Mesas de Negociação Permanente, a serem instituídas no âmbito dos três poderes e em todas as esferas de governo, e serão formadas por representantes da Administração Pública e das entidades representativas da categoria e os trabalhos acompanhados pelo Observatório das relações de Trabalho no Serviço Público, órgão permanente e de relevância pública, que atuará como observador, instância consultiva e mediadora nos eventuais conflitos advindos das Mesas de Negociação. O texto traz que os acordos resultantes da negociação coletiva são formalizados e publicados, devendo os respectivos instrumentos conter, no mínimo, a abrangência, a aplicabilidade, os prazos e a vigência do conteúdo acordado. Não há previsão de prazo para encaminhamento do acordado para o Legislativo. Há também a indicação dos conteúdos possíveis de deliberação no âmbito da Mesa que podem ser: condições de trabalho, política salarial, saúde, previdência, benefícios, direitos coletivos, melhora do serviço público, plano de carreiras e necessidades funcionais coletivas. A Mesa Nacional será composta de três comissões Temáticas que serão responsáveis pela elaboração de estudos e subsídios aos debater e negociações, sendo elas: Comissão de Saúde, Previdência e Benefícios do Servidor, Comissão do Orçamento e Comissão de Diretrizes das Carreiras.

Ambos os estudos merecem modificações e adequações antes de sua aprovação.

Ainda que até a aprovação de um texto que regulamente a convenção 151 os servidores públicos fiquem privados de instrumentos e procedimentos unificados para atingir suas reivindicações, não impede que as entidades sindicais exijam que

o Estado sente para negociar porque a convenção nº 151 está aí e foi recepcionada, possui aplicabilidade imediata e eficácia. Se o governo Brasileiro mesmo sujeito às sanções da comunidade internacional, não tem procurado adequar sua legislação, não pode ser a coletividade dos servidores públicos e a sociedade vítimas de prejuízos nos seus direitos.

Em palestra proferida no Congresso “Democratização do Estado e Participação dos Atores Sociais – Práticas Antissindicais e a Regulamentação da Convenção da OIT n. 151” realizada em maio de 2013, o Secretário de Relações do Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Sérgio Mendonça, apontou que os desafios a serem vencidos são: bases conceituais da democratização das relações de trabalho, participação social como método de Governo (governo, servidores e sociedade), explicitação e tratamento dos conflitos, construção de compromissos, eficiência e eficácia, democratização do Estado e transparência.

Pode-se perceber que o caminho para a regulamentação da convenção nº 151 pode ser árduo e lento, então as entidades sindicais não podem esperar para exercer o direito dos servidores públicos, devendo desde já exigir as negociações coletivas sempre baseadas nos princípios do contraditório, da cooperação, da igualdade, da razoabilidade, da boa-fé e da paz social, conforme Juliene Gomes Brasileiro (2009 apud PINTO, 1998).

## **9 CONCLUSÃO**

Desse modo, levando em consideração tudo o que foi exposto, pode-se concluir que após a incorporação da Convenção nº 151 da OIT todos os argumentos até então utilizados pela doutrina e jurisprudência nacional caíram por terra. O ordenamento jurídico foi inovado e o direito à negociação coletiva dos servidores públicos passou a existir no plano jurídico.

Mostra-se que não há colisão entre tais princípios tidos como impeditivos e a garantia de negocia o coletiva aos servidores, e que através de interpreta o conforme a Constitui o, método adotado amplamente pela Corte Suprema, pode-se chegar a uma compatibiliza o e a efetiva utiliza o desta garantia.

Em que pese a demora em recepcionar uma Conven o assinada em 1978, j  se vê indícios de uma movimenta o para a efetiva o de tal prática no Brasil, como se pode ver com a cria o da Mesa de Negocia o Coletiva Permanente, Coordenada pela Secretaria de Recursos Humanos,  rg o Central do Sistema de Pessoal Civil da Administra o Federal do Executivo e subordinada ao *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão* e as Minutas de Projetos de Leis elaboradas pelo MTE e MPOG.

J  consciente da letargia das autoridades públicas em regulamentar tal direito, não se deve esperar a vontade política para colocar em prtica tal direito. O uso amplo da negocia o coletiva se faz necessário para a efetividade de outros direitos essenciais a qualquer trabalhador, inclusive aos servidores públicos: liberdade sindical e greve.

Não se deve mais questionar se   possível, ou se a legisla o brasileira permite ou não a negocia o coletiva para os servidores públicos, ou, ainda se a Conven o n  151 da OIT necessita de regulamenta o, os estudos que devem ser realizador a partir de agora, são quanto a forma, o procedimento das negocia es coletivas, previsão de puni es para os descumpridores dos acordos, enfim, a cria o de uma lei que venha a definir parâmetros unificados. E a falta desta, não acarretará nulidade alguma aos acordos firmados entre servidores e o Estado, desde que respeitados o princípio da boa-fé.

Ao bem da melhor presta o dos serviços públicos, a negocia o coletiva deve ser uma prática. Não   necessário

ênfatizar que quanto maior a satisfação do servidor com seu salário, com seu ambiente de trabalho, com sua jornada e com sua progressão na carreira e quanto mais participação ele tiver nas decisões que definiram o seu futuro, melhores serão os préstimos por ele exercidos. O benefício chega para todos: Estado, servidores públicos e sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 11 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. [Lei não 7.783, de 28 de junho de 1989](#). Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm). Acesso em 11 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei não 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm). Acesso em 16 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 492/ DF. Relator: Min. Carlos Velloso.** 12 de novembro de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em 14 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção. MI 712/PA. Relator: Min. Eros Grau.** 15 de outubro de 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558553>. Acesso em 14 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC 96772 / SP. Relator: Ministro Celso de Mello.** 09 de junho de 2009. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=96772&classe=HC>. Acesso em 02 fev. 2014.

BRASILEIRO, Juliana Gomes. **A Negociação Coletiva no Serviço Público: As Lutas Sociais Emancipatórias e a Construção de Consensos no Âmbito do Serviço Público Estatutário.** *AATP - Associação dos Advogados Trabalhistas de Pernambuco*. 2008. Disponível em: [www.aatp.com.br/artigo9.doc](http://www.aatp.com.br/artigo9.doc) Acesso em 04 fev. 2014.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho.** 4ª ed. Salvador: JusPodvium, 2009.

CAVALCANTI, Ana Karolina Soares Bezerra. **A OIT e sua ação normativa na promoção da liberdade sindical e da negociação coletiva.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 15, n. 2629, 12 set. 2010](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17366>. Acesso em: 02 fev. 2014.

CHEIBUB, Zairo B. **Experiências internacionais recentes por meio de análise da literatura.** Caderno ENAP No 25. Negociação coletiva no Setor Público – 2004. Escola Nacional da Administração Pública. Disponível em <http://www.ena.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=258>. Acesso em: 30 jan. 2014.

DEMARI, Melissa. A possibilidade da negociação coletiva entre servidores públicos e o Estado. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 14, n. 2046, 6 fev.2009](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12289>. Acesso em: 12 nov. 2013.

FERREIRA, Silvana Zarth Soares Ferreira. **Negociação Coletiva no Serviço Público Federal: Aspectos do Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Lume UFRGS. 2010. Disponível em : [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/34599/000783885.pdf](http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/34599/000783885.pdf) . Acesso em 05 jan. 2014.

KLEIN, Silvana Beatriz. **Negociação coletiva de trabalho no setor público: questões doutrinárias e experiências internacionais e brasileira após a Constituição de 1988. DMT em debate.** *Artigo extraído do livro Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares.* HORN, Carlos Henrique; COTANDA, Fernando Coutinho (Orgs.). Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2011. p. 341-379. Disponível em [http://www.dmtemdebate.com.br/abre\\_artigos.php?id=12](http://www.dmtemdebate.com.br/abre_artigos.php?id=12). Acesso em 19 nov. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público: parte geral.** 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções ratificadas pelo Brasil.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em 11 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Convenções não ratificadas.** Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/content/convention\\_no](http://www.oitbrasil.org.br/content/convention_no). Acesso em 11 nov. 2013.

PAES, Arnaldo Boson. **Negociação Coletiva na função pública: abordagem crítica do modelo brasileiro a partir do paradigma espanhol.** 1ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A negociação coletiva de trabalho como instrumento de pacificação social**. THOMÉ, Candy Florêncio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. (Orgs.). Direito Coletivo do Trabalho: curso de revisão e atualização. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

VIEIRA Jr., R. J. A. **A Constitucionalidade da Negociação Coletiva no Setor Público Brasileiro**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 135). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 05 jan. 2014.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO BRASILEIRO**

**ANA FLÁVIA WANDERLEY BEZERRA TAVARES:** Pós-Graduação em Direito Tributário.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo traçar um estudo sobre a teoria geral do controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente no tocante ao controle difuso, demonstrando seus aspectos elementares. Pretende-se, pois, traçar os principais aspectos envolvendo o controle na via incidental, com destaque para os órgãos que possuem competência, a legitimidade e os efeitos típicos.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Incidente processual. Cláusula de reserva de plenário. Efeitos da decisão.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

O instituto jurídico do controle de constitucionalidade reveste-se de altíssima relevância social, política e, principalmente, jurídica, dada a grande importância do tema, visto que a primordial finalidade do mecanismo constitucional é a proteção dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal contra os abusos e as ilegalidades do Poder Público.

Portanto, o controle de constitucionalidade surge a partir do momento em que se constata essa necessidade de se verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com as normas constitucionais, levando-se em consideração o bloco de

constitucionalidade, funcionando como forma de impedir que norma contrária à Constituição permaneça válida e produza efeitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra aplicada é a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, uma vez que os mesmos nascem aptos a produzir seus efeitos no plano da eficácia e da validade. Todavia, tal presunção é relativa, tendo em vista que a validade de uma norma, sob todos os aspectos, pode ser apreciada pelos órgãos competentes, de forma concreta ou abstrata.

Nesse contexto, serão traçados aspectos relevantes acerca do controle de constitucionalidade difuso e concentrado, apresentando características que os diferenciam, tais como órgãos julgados, legitimidade ativa, tipos de ação em que podem ser exercidos e os efeitos típicos de cada um.

## **2. APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO**

O controle de constitucionalidade difuso tem origem histórica, em 1803, na Suprema Corte dos Estados Unidos que apreciou o famoso caso *Marbury versus Madison*, no qual se discutia a constitucionalidade e aplicabilidade de determinada lei, tendo em vista ser contrária à Constituição americana. Na ocasião, o tribunal decidiu que a competência para julgar o processo não era originária da Corte Suprema, fazendo surgir o controle incidental. Conforme explica Zanotti (2010, p. 98), “além de afirmar a supremacia da Lei Suprema, o julgado possibilitou ao magistrado, em um caso concreto, negar a aplicação da lei contrária à Constituição”. Destarte, o controle concentrado surgiu em momento posterior, mais precisamente em 1920, quando a Constituição da Áustria, por influência de Hans Kelsen, previu a implantação de um tribunal especial para exercer de forma privativa o controle de constitucionalidade.

No entanto, a consolidação do controle de constitucionalidade nos moldes que se encontra atualmente ocorreu com o Estado Democrático de Direito, momento a partir do qual o Poder Judiciário passou a ter poderes para fazer uso dos métodos de interpretação e verificar a compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com as normas constitucionais. Logo, a interpretação realizada pelos hermeneutas (os juízes) é baseada numa Jurisdição Constitucional, tendo como base a Constituição Suprema e os direitos e garantias fundamentais (ZANOTTI, 2010).

Partindo do conceito de Estado Democrático de Direito, através do qual o povo possui o direito de participação nas atividades políticas do Estado e de uma proteção política, conclui-se que o próprio Estado Democrático de Direito atribui ao povo a proteção da Constituição.

Logo, não se pode aceitar a autoridade judicial como o único intérprete e guardião da Constituição, pois a hermenêutica constitucional passa a ser exercida de forma contínua e permanente, com a participação de todos os integrantes da sociedade aberta de intérpretes, inclusive, com o devido respeito ao direito das minorias.

Nesse sentido, as palavras do doutrinador Zanotti (2010, p.46):

Partindo da ideia de que Constituição é fruto do poder constituinte originário (cuja titularidade é o povo), nada mais lógico do que atribuir ao povo a legitimidade na sua interpretação e proteção. Assim, a hermenêutica constitucional passa a ser construída no dia a dia, bem como no exercício do processo legislativo ou judicial, por meio da concretização da Constituição

Material de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Peter Häbele (1997), idealizador de tal teoria, sugere que a interpretação das normas deixe de ser restrita aos órgãos estatais, de forma fechada, e passe a englobar todos os que fazem parte do contexto da norma (a Constituição), ou seja, uma interpretação aberta, na qual todos os indivíduos dos segmentos da sociedade passam a ser legítimos intérpretes. Portanto, quanto mais pluralista e democrática for a sociedade, mais abertos serão os critérios de interpretação das normas jurídicas.

Nesse sentido, a abertura hermenêutica deve escoltar todo o trâmite do processo, levando em consideração os fundamentos construídos ao longo do trajeto até se chegar à decisão final, pois a democracia deliberativa é voltada para o percurso que se deve fazer até a decisão final, ganhando lugar, pois, o debate e o discurso em torno da questão proposta, de modo a possibilitar a participação ampla (intérpretes constitucionais em sentido lato) dos cidadãos e grupos, órgãos estatais, do sistema público e da opinião pública.

No Brasil, destaca-se a figura do *amicus curiae*, (amigo da corte, que nada mais é do que a intervenção de pessoas notadamente conhecedoras da matéria que naquele processo se trata e que tem como objetivo contribuir para o aprimoramento das decisões judiciais) e das audiências públicas no controle concentrado, que desde a sua primeira realização em 2007, vem sendo constantemente utilizadas, dada a sua importância, gerando maior legitimidade das decisões jurisdicionais em razão da pluralização do debate.

## 2.1 Espécies de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade se trata de uma técnica de verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais com o sistema constitucional, funcionando como forma de impedir que norma contrária às normas constitucionais permaneça no ordenamento jurídico, garantindo, portanto, a supremacia dos direitos e garantias fundamentais. Fala-se em normas constitucionais ao invés de Constituição Federal, pois o entendimento majoritário atual é de um “bloco de constitucionalidade”, envolto pelas normas formal e materialmente constitucionais, que, no caso brasileiro, é composto pela Constituição Federal de 1988, emendas constitucionais, tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito das emendas constitucionais e os princípios implícitos do ordenamento constitucional em vigor, formando um conjunto de normas que gozam de status constitucional.

Assim, para o controle de constitucionalidade se faz necessário o preenchimento de quatro requisitos, verdadeiros pressupostos à existência do controle de constitucionalidade, a saber: Constituição rígida ou semirrígida; princípio da supremacia da Constituição; atribuição de competência a um órgão (no Brasil o controle concentrado é atribuição do Supremo Tribunal Federal, enquanto que no controle difuso a competência é atribuída ao Poder Judiciário, ou seja, a todos os juízes e tribunais); princípio da presunção de constitucionalidade das leis (ZANOTTI, 2010).

Para Zanotti (2010), essa espécie de inconstitucionalidade é dividida em inconstitucionalidade por vício formal ou nomodinâmico (caracteriza-se pela violação ao devido processo legislativo, que possui todas as regras específicas elencadas pela Constituição Federal. Subdivide-se em inconstitucionalidade formal orgânico, inconstitucionalidade formal propriamente dito ou do processo legislativo e inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo); inconstitucionalidade por

vício material ou nomoestático (decorre da incompatibilidade do conteúdo de determinado ato normativo com a matéria presente em normas constitucionais, caracterizando incompatibilidade vertical de conteúdo ou substância); e inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar.

A inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar é decorrente do abuso das prerrogativas asseguradas aos membros do Congresso Nacional ou percepção de vantagens indevidas, razão pela qual torna o processo legislativo contaminado. Para Lenza (2010, p.211), autor que apresentou essa subespécie, “sem dúvida, trata-se de inconstitucionalidade, pois que maculada a essência do voto e o conceito de representatividade popular”.

Por outro lado, a espécie de inconstitucionalidade por omissão se refere à inércia legislativa diante de sua imposição legal de produzir normas, isto é, trata-se do dever legislativo de editar leis e atos normativos, de forma que a sua ausência acarreta prejuízos à coletividade, atingindo, inclusive, os direitos e garantias fundamentais. Essa omissão pode ser total ou parcial.

Destaca-se, ainda, a inconstitucionalidade originária e a superveniente. Normas originariamente inconstitucionais são aquelas publicadas após o surgimento da Constituição Federal, nascendo, pois, com algum vício de constitucionalidade incompatível com a Carta Magna. Caso venha a surgir novo paradigma (emenda constitucional) que modifique o fundamento da constitucionalidade do ato normativo, não se admite que uma norma originariamente inconstitucional se torne constitucional. Opostamente, a inconstitucionalidade superveniente ocorre quando a lei que está em vigor e plenamente constitucional deixa de ser tida como constitucional, tendo em vista a superveniência de uma emenda constitucional que traz matéria incompatível com a referida norma, de modo que a torna inconstitucional.

Ressalte-se que o Brasil, ao adotar o princípio do *tempus regit actum* ou da contemporaneidade, não admite a constitucionalidade superveniente nem a inconstitucionalidade superveniente, havendo clara hipótese de revogação da norma anterior por não recepção pelo novo paradigma. No entanto, embora o Brasil adote veementemente esse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em caráter excepcional, de modo contrário nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n<sup>os</sup> 2.240 e 3.682.

Por fim, quanto à inconstitucionalidade total ou parcial cabe estabelecer de qual hipótese está se tratando. Quando versar sobre inconstitucionalidade por ação, tem-se na inconstitucionalidade total que toda a lei é declarada inconstitucional, ao passo que na parcial apenas parte da lei é inconstitucional. Já na inconstitucionalidade por omissão, será total quando não houver qualquer regulamentação legislativa da norma constitucional de eficácia limitada, enquanto que será parcial quando houver regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada, mas insuficiente para torná-la plenamente eficaz.

## **2.2 As regras atinentes ao controle de constitucionalidade quanto à invalidade da norma**

Conforme prega a doutrina constitucionalista clássica, destacam-se dois modelos de teoria quanto à nulidade das normas inconstitucionais: o sistema austríaco *versus* o sistema norte-americano. Em linhas gerais, no sistema austríaco, as normas produzem efeitos até o momento em que são declaradas inconstitucionais, operando efeitos *ex nunc*, razão pela qual a decisão, que possui natureza constitutiva, confere consequências no plano da eficácia. Assim, a lei inconstitucional é um ato anulável, em homenagem à teoria da anulabilidade. Por outro lado, no sistema norte-americano, a teoria aplicada é a da nulidade total da lei, tendo em vista que, ao ser declarada inconstitucional, por

decisão de eficácia declaratória, há a invalidação *ab initio* da norma, ou seja, a lei é declarada nula desde a sua origem, o que significa dizer que produz efeitos *ex tunc*.

Todavia, diante da evolução do Direito Constitucional e, conseqüentemente, do controle de constitucionalidade, ambos os sistemas tiveram que progredir, logo, tanto o rigorismo da nulidade absoluta quanto o da não retroatividade tiveram que sofrer modulações, resultando na técnica da modulação dos efeitos da decisão.

O sistema utilizado no Brasil é o norte-americano e a técnica da nulidade, cabendo, pois, a aplicação da modulação dos efeitos da decisão como se verifica dos mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal em conferir efeitos *ex nunc* ou pro futuro para normas declaradas inconstitucionais. Tal modernização, incluído outras tendências, será tratada em seção à parte.

O controle de constitucionalidade concentrado se apresentou inicialmente, no Brasil, na Constituição de 1934, por meio da representação interventiva, a atual Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, e, apenas na Constituição de 1946, após a Emenda Constitucional n. 16/1965, que foi criada a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica no moldes em que é admitida hoje.

Segundo Barroso (2009, p.47), “no sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal”. Assim, há uma concentração de competência originária em um único órgão, no qual se busca, por meio de ação, cuja questão principal é a própria inconstitucionalidade da lei, a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sua conseqüente invalidação e expulsão do ordenamento jurídico.

Assim, no direito brasileiro temos que o Supremo Tribunal Federal exerce, exclusivamente, o controle concentrado de leis e atos normativos em face da Constituição Federal, enquanto que os Tribunais de Justiça de cada Estado exercem o controle quanto às Constituições Estaduais. Em linhas gerais, este controle ocorre por meio de ações específicas, buscando a discussão, de forma abstrata, acerca da compatibilidade de tais leis com a Constituição Federal (ou no caso dos Tribunais de Justiça, a compatibilidade com a Constituição Estadual), razão pela qual se forma um processo objetivo, isto é, não há um conflito com partes subjetivas, envolvendo uma lide e interesses divergentes. Enquanto que no controle difuso, a verificação da inconstitucionalidade é a causa de pedir, no controle concentrado trata-se do próprio pedido, da questão principal.

A Constituição Federal apresenta um rol taxativo de ações cabíveis para provocar o Judiciário à verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos. No entanto, em que pese o elevadíssimo grau de importância da matéria, como o presente artigo tem como objetivo discutir problemática em sede de controle difuso, as minúcias do controle concentrado de constitucionalidade não serão abordadas.

Em outro norte, o controle de constitucionalidade difuso, que tem origem histórica, em 1803, na Suprema Corte dos Estados Unidos, apenas se concretizou como norma constitucional no Brasil na Constituição Republicana de 1891, conferindo aos tribunais brasileiros competência constitucional para exercê-lo.

Essa espécie de controle ocorre no caso concreto, no qual, a parte interessada suscita, por meio de mero pedido incidental, a análise de determinada matéria, ao juiz ou tribunal competente para conhecer da matéria principal. Em outras palavras, o que se pretende na ação é que determinado direito seja reconhecido, mas para que isso aconteça depende do julgamento

da constitucionalidade. Por isso, a constitucionalidade é um incidente (*incidenter tantum*), de forma que o desfecho da causa principal depende do julgamento da constitucionalidade da lei ou ato normativo posto em discussão.

Assim dispõe Holthe (2009, p.152-153):

[...] este controle caracteriza-se por ser exercido por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto, quando uma das partes, em um determinado processo individual, argúi a inconstitucionalidade de uma lei incidentalmente, por via de exceção. No controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade não é objeto principal da ação. A questão da inconstitucionalidade surge quando uma das partes alega, como “causa de pedir” ou como argumento de defesa, a incompatibilidade de uma lei ou ato normativo com o texto da Lei Maior.

Nesse controle, a inconstitucionalidade da lei é a causa de pedir, que se apresenta como questão prejudicial ao mérito, motivo pelo qual deve ser primeiramente analisada e decidida, pois vai influenciar, veementemente, na solução do litígio apresentado ao Judiciário.

De acordo com o ordenamento constitucional e processual brasileiro, são partes legítimas para propor o incidente de inconstitucionalidade as partes litigantes no processo, o Ministério Público, tanto como parte quanto como fiscal da lei, e o terceiro interveniente. É possível, ainda, a arguição de inconstitucionalidade *ex officio*, isto é, qualquer magistrado, ao analisar o litígio em questão, deparando-se com uma situação de possível inconstitucionalidade, pode, a qualquer momento, arguir de

ofício a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, independentemente de manifestação das partes ou dos demais legitimados.

Portanto, é característica do controle difuso de constitucionalidade a possibilidade de todos os magistrados, investidos na função jurisdicional, de exercer tal controle. Sendo assim, claro está que a competência para conhecer de inconstitucionalidade de forma incidental é de todos os juízes e tribunais nos processos de sua competência. Desde os juízes de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal possuem competência.

Acrescente-se, todavia, ressalva feita pela Constituição Federal, art. 97, no sentido de exigir que somente por maioria absoluta dos membros do Pleno ou do Órgão Especial poderá o respectivo tribunal declarar a inconstitucionalidade da norma, tudo em homenagem a cláusula de reserva de plenário. Questões controversas a respeito do controle *ex officio* pela Suprema Corte em sede de recurso extraordinário, objeto do presente artigo, será tratado adiante.

Tendo em vista o controle difuso de constitucionalidade tratar-se de mero incidente processual, e, por isso, não há formação de um processo específico para se discutir a constitucionalidade da lei ou ato normativo, a decisão que resulta na inconstitucionalidade só produz efeitos contra as partes daquele litígio. Em outros termos, a lei declarada inconstitucional deixará de ser aplicada somente naquele caso concreto, continuando, pois, completamente válida e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro. Tal efeito é o denominado *inter partes*.

Ressalte-se, no entanto, que para tal decisão gerar efeitos *erga omnes*, isto é, contra todos, faz-se necessário que o Senado Federal “suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei

declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, como dispõe a Constitui o Federal, em seu art. 52, inciso X. Logo, a decisão no controle difuso de constitucionalidade sem a suspensão pelo Senado Federal opera efeitos *inter partes, ex tunc*, de modo que atinge a validade da norma, enquanto que a decisão após a suspensão da execu o da lei ou ato normativo gera efeitos *erga omnes, ex nunc* (no entanto, no âmbito da Administra o Pública, após a resolu o do Senado Federal, os efeitos são *ex tunc*), de maneira a atingir a eficácia da norma, uma vez que se trata da suspensão da execu o da lei ou ato normativo.

A doutrina entende que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execu o da lei declarada inconstitucional pela Excelsa Corte. Trata-se, pois, de discricionariedade política, em homenagem ao princípio constitucional da separa o dos poderes. Ressalte-se, todavia, que, conforme será demonstrado posteriormente, a jurisprudência vem se firmando no sentido da possibilidade de conferir efeitos *erga omnes* para as decisões proferidas em controle difuso sem a necessidade de remessa ao Senado Federal.

O outro efeito decorrente do controle difuso   o efeito *ex tunc*, isto  , a lei retroage no tempo para atingir os atos passados, sendo a lei declarada nula desde o seu nascimento, tornando os demais atos posteriores a ela, automaticamente nulos. Entretanto, quando se trata da hipótese de suspensão da execu o da lei pelo Senado Federal, embora produza efeitos *erga omnes*, terá efeito *ex nunc*, isto  , a lei não retroage para atingir fatos passados, s  valendo daquele momento em diante.

### 3. CONSIDERA ES FINAIS

Pelo exposto, verifica-se a importância do controle de constitucionalidade difuso no sistema brasileiro, sobretudo, porque

pode ser exercido por todos os juízes e tribunais no bojo de quaisquer ações, sempre que se constatar a necessidade de se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como fundamentação para o pedido. Isso porque, considerando o caráter de incidente processual, para alcançar a procedência do pedido é indispensável a declaração de inconstitucionalidade, o que configura justamente a causa de pedir.

Por outro lado, não se pode olvidar que, perante os tribunais brasileiros, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo somente pode ser proferida por voto da maioria absoluta dos membros do Pleno ou do Órgão Especial, conforme a cláusula de reserva de plenário, prevista de modo expresse no artigo 97, da Constituição Federal.

Por fim, é importante destacar que as decisões proferidas em sede de controle difuso produzem apenas efeitos *inter partes*, ou seja, somente serão atingidas pela decisão as partes integrantes da relação processual. Para que produza efeitos *erga omnes*, o Senado Federal, diante de sua competência constitucional deve suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZANOTTI, Bruno Taufner. **Controle de Constitucionalidade para concursos**. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2010.

## ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**FILIPE FERREIRA MUNGUBA:** Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ (2012). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - PT (2014).

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo o estudo e a análise dos aspectos gerais do controle de constitucionalidade, instrumento necessário e essencial à garantia e efetividade da Constituição dentro de um Estado de Direito. Assim, proceder-se-á a uma abordagem global sobre o assunto, mormente o surgimento do mecanismo, o contexto histórico em que ele emergiu, os principais modelos, sistemas e classificações do instituto à luz da dogmática constitucional, oferecendo uma visão ampla e alguns aprofundamentos sobre o tema, buscando facilitar a familiarização do leitor com esse indispensável vetor de oxigenação e atualização constitucional.

**Palavras-chave:** Controle Constitucionalidade. Modelos de Controle. Origem. Brasil.

**ABSTRACT:** This paper aims at the study and analysis of the general aspects of control of constitutionality, necessary and essential instrument to guarantee and effectiveness of the Constitution within the rule of law. Thus, it will be carried on a general approach on the subject, especially the emergence of the mechanism, the historical context in which it emerged, the main models, systems and classifications of the institute in the constitutional dogmatic, offering a wide view and some insights on

the subject, seeking to facilitate familiarization of the reader with this indispensable tool for oxygenation and constitutional update.

**Keywords:** Constitutionality control . Models of Control. Source. Brazil.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO COROLÁRIO DA GARANTIA JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO. 3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 3.1 QUANTO À NATUREZA DO CONTROLE. 3.2 QUANTO AO MOMENTO DE EXERCÍCIO DO CONTROLE. 3.3 QUANTO AO ÓRGÃO JUDICIAL QUE EXERCE O CONTROLE. 3.4 QUANTO À FORMA OU MODO DE CONTROLE JUDICIAL. 3.5 SINCRETIZAÇÃO DOS MODELOS DE CONTROLE: OS MODELOS MISTOS. 4 ORIGEM DOS DOIS PRINCIPAIS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 4.1 CONTROLE DIFUSO. 4.2 CONTROLE CONCENTRADO. 5 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7 REFERÊNCIAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por desiderato analisar, sem a pretensão de ser exaustivo, os aspectos gerais de um instituto essencial à garantia e efetividade da Constituição dentro do ordenamento jurídico do Estado, a saber: o controle de constitucionalidade. De início, analisar-se-á o este instrumento sob o ângulo dele enquanto corolário de garantia judicial da Constituição, na medida em que se faz necessário (e, ouse-se afirmar, imprescindível) a sua existência para dotar a norma maior de um Estado de verdadeira juridicidade.

Em seguida, discorrer-se-á, brevemente, sobre os modelos de controle existentes na experiência constitucional global e as suas inter-relações entre si, pois em muitos países não existe apenas um modelo ou sistema de controle de constitucionalidade, mas um sincretismo, uma hibridez das formas clássicas de controle

conhecidas, como, por exemplo, ocorre no Brasil. Posteriormente, serão elencadas as origens dos dois sistemas de controle de constitucionalidade mais conhecidos: a *judicial review*, oriunda da tradição anglo-americana, e o modelo austríaco, de inspiração kelseniana. Por fim, se fará um perfunctório apanhado da evolução do instituto no Brasil, mostrando a influência dos diversos modelos na construção do sistema pátrio de controle da constitucionalidade das normas.

Assim, espera-se contribuir para uma melhor visão sobre esta temática que, apesar de relativamente antiga, continua tão importante e atual nesta quadra da história, onde a atuação do Poder Judiciário, indubitavelmente, ganhou relevância ímpar e sem precedentes, tornando-o um ator protagonista na vida do Estado e nas relações entre os Poderes Constituídos, como, nomeadamente, se observa no Brasil.

## **2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO COROLÁRIO DA GARANTIA JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO**

Na definição do jurista espanhol Miguel Ángel Alegre Martínez<sup>[1]</sup>

“La expresión “control jurisdiccional” de constitucionalidad se aplica a aquellos sistemas que tienen em común el prever un control *conforme a Derecho*, y ejercido por órganos *jurisdiccionales*. El control jurisdiccional es el más extendido, y el que propiamente puede ser considerado como justicia constitucional”.

O controle de constitucionalidade das normas é uma das funções-atribuições (talvez a principal) da Justiça Constitucional, embora esta não se esgote naquele (acresce-se, por exemplo, o domínio eleitoral e referendário no caso do direito português). Como assevera Fernando Alves Correia<sup>[2]</sup>, atualmente, o

constitucionalismo encontra-se fundamentado em três princípios essenciais: a concepção *normativa* da Constituição; a elevação da Constituição a *parâmetro de validade* de todos os atos do poder público; a *garantia judicial* da Constituição, devendo a tarefa de “guarda da Constituição” recair sobre um órgão específico.

Quanto ao último critério elencado, é de bom alvitre destacar que a garantia da Constituição não se resume apenas à garantia judicial, ou seja, nas precisas palavras de Maria Benedita Urbano<sup>[3]</sup> “a justiça constitucional não esgota a garantia da constituição,” esta por sua vez constitui uma modalidade de garantia ao lado de outras igualmente cruciais como o princípio da separação dos poderes, a vinculação de todos os poderes públicos à Constituição, os limites da possibilidade de emenda constitucional, as situações de anormalidade constitucional (intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio).

Todavia, não obstante encontrar-se em situação de paridade com outros instrumentos garantidores, a justiça constitucional é “um dos meios, porventura o mais usado e conhecido, para assegurar que a constituição será respeitada e aplicada”<sup>[4]</sup>.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das normas (dimensão da Justiça Constitucional que interessa para este trabalho) é, conforme afirma Carlos Blanco de Moraes<sup>[5]</sup> “no tempo presente, uma garantia inseparável da normatividade de um dado ordenamento constitucional.” Ainda, destaca o ilustre professor que “importará, tão somente, assinalar o facto de a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade se afirmar, de entre todos os institutos garantísticos da Constituição, como o mais relevante.”<sup>[6]</sup>.

### **3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A doutrina jurídico-constitucional, em termos gerais, tem fracionado o estudo do controle de constitucionalidade em três

grandes sistemas – a saber: o americano, o austríaco e o francês. Partindo destas construções, isolada ou conjuntamente, é possível enquadrar praticamente todos os modelos de controle de constitucionalidade operantes no mundo. Seguindo a sistematização elaborada por Luís Roberto Barroso[7], podem-se elencar, levando em consideração critérios objetivos, subjetivos e processuais, quatro parâmetros distintos:

### 3.1 QUANTO À NATUREZA DO ÓRGÃO DE CONTROLE

Em relação a essa vertente, o controle de constitucionalidade divide-se em controle *político ejudicial*. No primeiro, como o próprio nome sugere, o controle da constitucionalidade é efetuado por órgão(s) de natureza política, como as casas parlamentares. Segundo Gomes Canotilho[8], “esse sistema é também designado por sistema francês”, pois deriva do pensamento rousseauiano de lei como instrumento *davolonté générale*, sendo também “típica da doutrina da soberania do Parlamento Inglês”. O controle judicial preconiza, contrariamente ao defendido pelo modelo britânico onde se afirma a supremacia do parlamento, “o princípio maior da supremacia da Constituição, cabendo ao Judiciário o papel de seu intérprete qualificado e final” [9]. Está associado à experiência constitucional americana e austríaca (modelos difuso e concentrado).

### 3.2 QUANTO AO MOMENTO DE EXERCÍCIO DO CONTROLE

Aqui, o controle divide-se em *preventivo e repressivo*. Se o exercício do controle ocorrer antes da entrada em vigor da norma, estar-se-á perante um controle preventivo. Ele é típico do modelo francês, onde é exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, todavia, no ordenamento jurídico de outros países, nomeadamente Portugal e Brasil (com diferentes nuances) existe a possibilidade de controle prévio. Por outro lado, ocorrerá controle repressivo (ou sucessivo) quando “o exame da fiscalização de constitucionalidade fez-se,

assim, num momento sucessivo ao aperfeiçoamento do acto normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor”[10].

### 3.3 QUANTO AO ÓRGÃO JUDICIAL QUE EXERCE O CONTROLE

Como a epígrafe do tópico deixa transparecer, *in casu* apresentam-se duas espécies de controle *judicial*, e é exatamente aqui que se opera a diferenciação tão propalada entre controle *difuso* e *concentrado* de constitucionalidade. Verifica-se o controle difuso quando a qualquer juiz ou tribunal (superior, inferior, estadual ou federal) é reconhecida a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei (*rectius* norma) e, por via de consequência, desaplicá-la, por inconstitucional[11], em determinado caso concreto.

De outro lado, segundo as percucientes lições de Gomes Canotilho,[12] “chama-se sistema concentrado porque a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros”. Este modelo está intimamente ligado à doutrina de Hans Kelsen - que divergia do pensamento norte-americano - e fora adotado em relevante número de países da Europa Continental.

Para além das concepções kelsenianas, entende Barroso[13] que “duas outras razões fáctico-jurídicas” contribuíram para adoção do referido modelo: “a inexistência de *stare decisis*” nos sistemas judiciais europeus e “a existência de magistratura de carreira para composição dos tribunais”. Arremata, por derradeiro, o referido autor[14]:

“Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca

de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juiz constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema”.

### 3.4 QUANTO À FORMA OU MODO DE CONTROLE JUDICIAL

Neste requisito, o controle de constitucionalidade pode ser exercido por *via incidental, de exceção ou defesa*, ou por *via principal ou de ação*. O controle *incidenter tantum* terá vez quando, no decurso de um processo (caso concreto), houver necessidade de apreciação da (in)constitucionalidade de uma norma, na medida em que esta esteja umbilicalmente ligada com a justa composição da lide. Nas palavras de Barroso “a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio”<sup>[15]</sup>. Conforme escreve Celso Ribeiro Bastos<sup>[16]</sup>:

“Na via de exceção ou defesa, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, esse ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros”.

Diversamente, na apreciação do controle de constitucionalidade por via ação, a declaração de inconstitucionalidade constitui o objeto efetivo da demanda e não simples meio para se alcançar o *bem da vida* pleiteado no processo. Costuma-se afirmar que na ação de inconstitucionalidade, por tratar-se de procedimento eminentemente objetivo, não há lide nem há partes<sup>[17]</sup>. Importante destacar que, embora não esteja presente na sistematização ora adotada, Gomes Canotilho<sup>[18]</sup> faz menção à

dicotomia entre controle abstrato (associado ao controle concentrado e principal) e controle concreto (relativo ao controle difuso e incidental).

### 3.5 SINCRETIZA O DOS MODELOS DE CONTROLE: OS MODELOS MISTOS

Saliente-se que, n  obstante a classifica o apresentada (*v.supra*), os modelos de controle de constitucionalidade (principalmente os modelos de controle judicial difuso e concentrado) não são estanques ou apartados, antes, se interconexionam, originando, em muitos sistemas jurídicos no mundo, modelos convergentes ou mistos de controle de constitucionalidade. Maria Benedita Urbano[19] observa que “a classifica o que assenta na bipolaridade estrita de modelos há muito deixou de ser uma realidade”, justificando sua afirmativa partindo dos seguintes pressupostos: natureza e número de órgão que exercem o controle e eficácia das decisões. Assim, demonstra que em determinados países há um desvio ao modelo puro (Estados Unidos, Itália e Alemanha) e em outros ocorre verdadeira coexistência de modelos (Brasil e Portugal)[20] [21] [22].

## 4 ORIGEM DOS DOIS PRINCIPAIS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 4.1 CONTROLE DIFUSO

A origem histórica do surgimento do controle difuso de constitucionalidade confunde-se com a origem do próprio surgimento do controle de constitucionalidade e remete-se ao c ebre caso *Marbury v. Madison*, considerado o momento fundante da *judicial review*.

No fim do ano 1800 houve elei o para presidente dos Estados Unidos da América, onde disputavam o cargo o presidente John Adams (candidato a reelei o), expoente da corrente Federalista e Thomas Jefferson, representante anti-Federalista, logrando este último o êxito no confronto. Como os anti-Federalistas

saíram majoritariamente vencedores das eleições congressuais, só restava ao grupo Federalista tentar conservar um último reduto de Poder – o Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801 foi aprovado o *Judiciary Act* que modificara as disposições do *Judiciary Act* de 1789, criando, dentre outras coisas, dezesseis novos cargos de juiz a serem preenchidos pelo então presidente. Em seguida (27 de fevereiro), houve a aprovação outra lei (*District of Columbia Organic Act*) que criaria quarenta e dois novos cargos de juiz de paz igualmente nomeados pelo chefe da nação.

William Marbury era um Federalista convicto e fora premiado pelo presidente com a nomeação para ocupar um desses cargos de juiz de paz, sendo o nome dele e dos demais indicados remetidos ao Senado para confirmação, o que só ocorreu em 3 de março, véspera da posse do novo presidente.

Assim, John Adams apressou-se a assinar os atos de investidura dos juizes (*commissions* ou comissões), encarregando seu Secretário de Estado John Marshall (nomeado anteriormente Chefe da Suprema Corte, permaneceu em suas funções no Executivo até o termo do mandato do presidente Adams) de remeter os referidos documentos aos respectivos nomeados. Ocorre que, como só possuía um dia para proceder à remessa, ele não conseguiu entregar a todos os novos juizes, figurando William Marbury na lista dos que não receberam a comissão.

Devidamente empossado no dia seguinte (4 de março), Thomas Jefferson ordenou que seu (novo) Secretário de Estado James Madison suspendesse o envio dos atos de investidura dos juizes que não receberam, por consequência, estes ficaram impedidos de tomar posse no cargo.

Então, diante desta situação, William Marbury intentou uma ação judicial (*writ of mandamus*) junto à Suprema Corte, lastreado na Secção 13 do *Judiciary Act* de 1789 (que atribuía competência

àquela Corte para apreciar este tipo de demanda), com o intuito de que o Judiciário obrigasse o Executivo nomeá-lo.

Fora criada uma verdadeira tensão institucional, levando inclusive o Congresso (agora majoritariamente anti-Federalista) a revogar o *Judiciary Act* de 1801, com todas as consequências inerentes a esta medida (inclusive a extinção dos cargos criados).

Em meio a este clima nebuloso foi que, no ano de 1803, a Suprema Corte exarou sua decisão, decisão esta que Alves Correia[23] denomina “o verdadeiro momento auroral do sistema americano de justiça constitucional”, proferida no “mais célebre caso constitucional de todos os tempos”, segundo Barroso[24].

O *Chief-Justice* John Marshall, também Federalista, vislumbrou uma oportunidade de marcar posição ante a Administração Jefferson e desenvolveu o seu famoso raciocínio. Em primeiro lugar ele alegou que Marbury possuía direito à posse no cargo e que tal direito deveria ser protegido por um remédio apropriado (*writ of mandamus*), assim consignou que os atos do Poder Executivo (salvo duas exceções) são passíveis de controle judicial.

Após, passou a analisar a competência da Suprema Corte para expedir a ordem mandamental, nesta seara observou que a Secção 13 do *Judiciary Act* de 1789, por alargar as competências originárias da Suprema Corte previstas taxativamente na Constituição, padecia do vício de inconstitucionalidade. Aqui, lançou ele mão de uma argumentação silogística e arguta que o eternizou na história do direito constitucional. Se a Constituição é lei suprema (*higher law*) de uma ordem jurídica (1º fundamento), toda norma inferior que a contrarie restará nula (2º fundamento), cabendo o Poder Judiciário a palavra final sobre a interpretação da Constituição (3º fundamento).

Assim, John Marshall, embora tenha denegado a ordem em favor de Marbury (que na prática não fora investido nas funções de juiz), avocou para o Judiciário o poder de controlar as leis e atos emanados dos demais Poderes Constituídos, o que, por óbvio aumentou a faculdade de controle pelos Federalistas (através da Suprema Corte) das medidas laboradas pelos anti-Federalistas[25].

#### 4.2 CONTROLE CONCENTRADO

O modelo de controle concentrado de constitucionalidade, também chamado de modelo austríaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), foi adotado pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920, que sofrera forte influência das ideias do insigne jurista Hans Kelsen[26]. Assim, foi instituído um Tribunal Constitucional, não integrante do Poder Judiciário, cujos membros (16) eram eleitos pelo parlamento (8 por cada Câmara), com competências para anular, por motivos de inconstitucionalidade, leis federais e dos *Länder*[27].

Contudo, esta construção não foi bem recepcionada, especialmente na Alemanha (que, juntamente com a Áustria, fizera a transição da monarquia para democracia)[28], o que fomentou um acalorado debate (no fim da década de 20 e início da década de 30 do século passado) sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, “(...) ensejando na Europa um ambiente de grande discussão científico-acadêmica sobre a matéria”[29]. Referido embate teve como expoentes o publicista alemão Carl Schmitt, além do próprio Hans Kelsen que partira em defesa de suas ideias, personificadas na criação da Corte Constitucional austríaca.

Em 1931, Schmitt escreve sua obra *Der Hüter der Verfassung*[30] (o guardião da Constituição), reconhecendo que encontrar uma resposta para este “difícil problema de direito constitucional”[31] (a busca de um guardião) é uma “tarefa muito difícil e perigosa”[32].

Como resposta à sua indagação, Schmitt conclui que o Presidente do *Reich* deve ser o custódio da Constituição. Para entender a construção *schmittiana* é imprescindível perceber sua compreensão de Constituição. O publicista tedesco repudiava a ideia de Constituição como Lei Fundamental (uma unidade de normas jurídicas), como um sistema cerrado em si mesmo, tal como defendia Kelsen. Entendia que Constituição seria, em verdade, a vontade do povo que fundamentava a unidade política e jurídica do Estado.

Desta forma, diferenciava o conceito de Constituição do de lei constitucional. Esta última seria uma “pluralidade assimétrica de prescrições legal-constitucionais”[33]. Parece aproximar o conceito de Constituição ao de Poder Constituinte e a materialização deste, em concreto, através de artigos (incisos, alíneas, parágrafos, etc.), constituiria um conjunto de leis constitucionais que não representam o fundamento do Estado.

Calcado neste raciocínio, Schmitt constrói sua teoria. Se Constituição é a unidade política decorrente da vontade do povo, o problema de sua guarda seria uma questão eminentemente política. Assim, não haveria espaço para sua defesa por um órgão judiciário, pois o vínculo do juiz é com a lei, de modo que ele não possui legitimidade para tomar decisões de natureza política[34]. Outrossim, entendia o célebre jurista que sob a perspectiva democrática, seria muito difícil transferir essa função a uma “*aristocrazia della toga*”[35], pois isto consistiria na politização da justiça. De igual modo, como já referido (fundamento histórico), não caberia ao Parlamento esta atribuição.

Nesta perspectiva, apenas uma instância política que possuísse independência político-partidária, que pairasse acima dos limites das organizações e burocracia dos partidos, depositária da confiança de todo o povo[36] – confiança esta manifestada por

intermédio do sufrágio direto (pressuposto plebiscitário)[37]. Este ser seria o Presidente do *Reich*.

No mesmo ano do lançamento do livro de Schmitt, Kelsen publica seu *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?) – obra produzida para rebater as ideias do publicista alemão – onde pontifica claramente que esta atribuição deveria caber a um Tribunal Constitucional, defendendo, portanto, sua “invenção”. Segundo sua concepção, a ordem jurídica é uma construção escalonada com distintos níveis de normas jurídicas[38], constituindo a Lei Fundamental a norma mais elevada.

Ela seria, pois, o fundamento de validade de todas as outras normas pertencentes a uma mesma ordem normativa[39]. Desse modo, a Constituição não seria somente o meio de garantia da unidade do povo, mas a Lei Fundamental, o parâmetro de validade de todas as outras espécies normativas, que objetiva garantir o fiel desempenho das funções do Estado[40].

Assim, se o fundamento do Estado reside na ordem jurídica, cuja Constituição é a máxima expressão, nada mais coerente que entregar a defesa desta a um órgão que detém natureza jurídica (nos moldes dispostos no início do tópico).

E não seria o sufrágio direto no Presidente do *Reich* que garantiria a independência e neutralidade deste, pois, de logo, ele não é eleito pela totalidade do povo, apenas por uma maioria. E, a depender da situação, num cenário de forte confronto entre grupos políticos, poderia mesmo ser eleito por uma minoria, de modo que não seria ele a garantia da unidade popular[41]. Por fim, não admitia Kelsen que o controle de constitucionalidade a cargo de um Tribunal Constitucional fosse entendido como usurpação de competência de outro poder constituído, pois esta Corte atua, quando anula uma lei com eficácia geral, desempenhando uma função legislativa[42].

O tempo indubitavelmente deu razão a Kelsen! Finda a Segunda Guerra, o controle de constitucionalidade se afirmou como o “(...)  nico instrumento destinado a assegurar o direito das minorias, evitar a opressão de uma maioria política e impedir que o legislador atentasse contra os direitos fundamentais”[43]. Assim, rapidamente o modelo concentrado, com a institui o de um Tribunal Constitucional[44] ganhou um “colorido nacional”[45] nos Estados europeus, como, por exemplo, ocorreu nas Constitui es italiana (1948) e alemã (1949)[46].   exce o de Su a, Grã Bretanha, Holanda e dos países nórdicos,   possível afirmar que todas as na es da Europa ocidental estabeleceram, com maiores ou menores varia es, um controle de constitucionalidade inspirado no modelo kelseniano[47].

Entretanto, as ideias de Kelsen não foram recepcionadas tal como puramente formuladas, pois cada país fez uma “adapta o” do modelo original. Assim, certo   que a denomina o modelo austríaco (ou kelseniano) já não parece a mais adequada para designar este sistema de controle de constitucionalidade. Maria Benedita Urbano crê que, apesar de ainda ser materialmente incorreta (porque, como já afirmado, há países que não adotam o modelo de controle concentrado), a designa o “modelo europeu” se mostra mais consentânea com a quadra histórica atual, pois engloba os Estados que adotam o sistema idealizado pelo jurista vienense, mesmo com uma multiplicidade de varia es[48].

## **5 EVOLU O DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL[49]**

A primeira Carta Constitucional brasileira (Constitui o Imperial de 1824) não dispôs sobre nenhuma modalidade de controle de constitucionalidade. Com efeito, a conjuntura histórico-política em que foi outorgada não permitira a implementa o desta ferramenta. Dois fatores se destacam neste cenário: a influência do modelo francês e, por consequência, a ideia do Poder Legislativo

como guardião da constituição (artigo 15, IX); e a existência do Poder Moderador como supremo Poder, exercido pelo imperador (artigo 98).

Na Constituição Republicana de 1891 encontra-se a gênese do controle de constitucionalidade no Brasil (embora a instituição do controle remonta-se, a bem da verdade, ao texto da denominada Constituição provisória de 1890, além de prevista no Decreto 848, de 11 de outubro de 1890).

De marcada influência norte-americana (através do jurista Rui Barbosa), fora implantado no Brasil o controle difuso de constitucionalidade, ao se prever, no artigo 59, §1º, *a e b*, a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Federal quando fosse questionada a validade ou a interpretação de tratados e leis federais e a decisão do exarada pelo Tribunal do Estado a contrariasse, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos dos governos dos Estados face à Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal (estadual) considerasse válidos essas leis ou atos impugnados.

Já a Constituição de 1934 além de manter o controle inaugurado pela Carta anterior, aperfeiçoou-o ao trazer duas importantes inovações: a exigência de maioria absoluta dos votos dos membros efetivos dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade (artigo 179); e a atribuição ao Senado Federal de suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais (artigo 91, IV).

A Carta de 1937 (denominada Constituição “Polaca”) operou significativo retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, pois, embora mantivesse incólumes os preceitos firmados nas ordenanças anteriores, instituiu dispositivo (artigo 96,§ único) que possibilitava ao Presidente da República apresentar ao Parlamento lei declarada inconstitucional pelo

Supremo Tribunal e, se o Congresso (ambas as Casas) confirmasse referida lei, por maioria de dois terços, a decisão da Corte restaria sem efeito. Tal faculdade, nas palavras de José Afonso da Silva<sup>[50]</sup>, “atenuou o princípio da jurisdição constitucional”.

Em 1946, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil aboliu a excecência disposta na Carta anterior, restaurando o sistema elencado na Constituição de 1934, ou seja, o controle difuso, concreto, por via de exceção, através do *recurso extraordinário* (artigo 101, III, *b e c*).

Destaque-se que sob a égide desta Constituição (Emenda Constitucional nº. 16/1965) fora implantada a ação genérica de constitucionalidade, cuja competência para apreciação cabia ao STF, inaugurando-se, assim, o controle concentrado no país, passando os dois modelos de controle a coexistirem no ordenamento jurídico pátrio. A Carta de 1967 (e a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº. 1/1969) não operou mudança alguma no que respeita ao controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, a Constituição “Cidadã” de 1988, embora consagrando o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, trouxe significativas alterações no que toca ao controle concentrado, no que assevera Gilmar Mendes<sup>[51]</sup>:

“Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo incidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*,

mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”.

Outras inovações trazidas pela Constituição de 1988, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, foram a ampliação do rol de legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, antigamente restrita ao Procurador-Geral da República (CF, art. 103), a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (prevista no art. 103, §3º da CF e regulada pela Lei nº. 9.868/1999), a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (prevista no art. 102, §1º da CF e regulada pela Lei nº. 9.882/1999). Com o advento da Emenda Constitucional de Revisão nº. 3/1993 foi introduzida na Constituição, ao lado dos demais mecanismos de controle concentrado, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, cuja regência (junto com a ADI) se encontra na Lei nº. 9.868/1999.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme observado dentro deste breve arcabouço, o controle de constitucionalidade constitui um importante instrumento de defesa, garantia e efetividade da Constituição, cuja origem remonta há mais de duzentos anos, revelando-se um pilar indelével da história político-constitucional mundial. Este rico instituto se apresenta de diversas maneiras nas experiências constitucionais existentes no mundo. Conhecer os mecanismos de controle da Constituição significa colaborar com o aperfeiçoamento e evolução da Norma Maior que rege o Estado.

O operador do direito e também o cidadão, nesta sociedade tão informada e globalizada, necessita saber o significado de uma Constituição, suas disposições e o seus mecanismos de controle, além dos instrumentos que garantam a sua observância,

contribuindo, assim, para a formação, conforme denomina Härbele<sup>[52]</sup>, de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Ao oferecer as linhas gerais deste tema, espera-se ter colaborado com o desenvolvimento acadêmico da matéria e o debate sobre o conteúdo deste instituto tão importante do direito constitucional e da moderna teoria do Estado.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O Amicus Curiae e a Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BREWER-CARÍAS, Allan R. “La Jurisdiccion Constitucional em America Latina”, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica* /coord. D. Garcia Belaúnde, F. Fernandez Segado, Madrid: Dykinson, 1997, p.124.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitoconstitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996.

CARVALHAL, Ana Paula Z. *A tutela dos direitos fundamentais pelo controle difuso e concreto de constitucionalidade nos atuais sistemas português e brasileiro*. Dissertação de mestrado em

Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. Fernando Alves. “Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efetiva”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LXXIX, 2003: 63-95.

\_\_\_\_\_. Fernando Alves. “A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências”. *Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume VII, n.º 2, 1998: 33-70.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad: João Baptista Machado, 7.ed, Coimbra: Almedina, 2008, p.299.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *O guarda da Constituição e sua legitimidade: a polémica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a protecção da Constituição*. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de, et al. (coord). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. vol. 1, Lisboa: FDUL, 2012.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “Observações sobre o controle da constitucionalidade da leis no Brasil”. *Revista O Direito*, ano 130, nº 3-4, 1998, pp.165-182.

MARTINEZ, Miguel Ángel Alegre. “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características

diferenciales”. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, 1994: 113-136.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, p.460.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I, 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. *In: MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, p.460.

ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SCHMITT, Carl. *Il custode della costituzione*. trad: Antonio Caracciolo. Milão: Giuffrè, 1981.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la constitución*. trad: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, José Afonso da. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *In: GARCIA BELAUNDE, Domingos; FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coord.). La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 387-407.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

## NOTAS:

[1] MARTINEZ, Miguel Ángel Alegre. “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales”. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, 1994: p.115.

[2] Nas exatas palavras do mencionado autor: “o constitucionalismo contemporâneo (e também o constitucionalismo português) assenta em três princípios essenciais: o primeiro é a concepção *normativa* da Constituição e o seu entendimento como *lei suprema* do Estado, como *norma das normas* (*norma normarum*), como estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. O segundo – intimamente ligado ao primeiro – é a elevação da Constituição *aparâmetro de validade* de todos os actos do poder público. Isto mesmo está consagrado no artigo 3º, nºs 2 e 3, da Constituição portuguesa, onde se determina que “o Estado subordina-se à Constituição” e que “a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”, bem como no artigo 277.º, n.º 1, também da Constituição, onde se estatui que “são inconstitucionais as normas que infringem o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. O terceiro é o de que a garantia da Constituição deve ser essencialmente uma garantia judicial, devendo a tarefa de “guarda da Constituição” (*Hüter der Verfassung*) ser efectivamente confiada ou a um tribunal próprio e específico, situado fora da ordem ou das ordens judiciárias comuns, e integrado por juízes, não designados ordinariamente de entre os membros do corpo de magistrados de carreira, mas objecto de um processo de escolha especial, com participação preponderante de um órgão político (no caso português, a Assembleia da República) e assim recebendo uma qualificada legitimação, e (ou) aos diferentes tribunais.” Fonte: CORREIA, Fernando Alves. “Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efetiva”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LXXIX, 2003: 63-95.

[3] URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 11.

[4] *Idem.*

[5] MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I, 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 96.

[6] *Idem.*

[7] BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 63-64.

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p.897.

[9] BARROSO, op. cit., p.66, nota 7.

[10] CANOTILHO, op. cit., p.902, nota 8.

[11] Na definição de Allan R. Brewer-Carias “El control de la constitucionalidad de las leyes, cuando se atribuye a todos los jueces cualquiera que se sea su rango y jerarquia, como se dijo, da lugar a lo que se há denominado el control difuso de la constitucionalidad de las leyes”. E continua “De acuerdo com el método difuso, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes se atribuye a todos los jueces de um país determinado, pues si la Constitución es la ley suprema del país y si reconoce el principio de su supremacia, la Constitución se impone a cualquier otra ley que le sea incoherente”. Fonte: BREWER-CARIÁS, Allan R. “La Jurisdiccion Constitucional em America Latina”, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica* /coord. D. Garcia Belaúnde, F. Fernandez Segado, Madrid: Dykinson, 1997, p.124.

[12] CANOTILHO, op. cit., p.898, nota 8.

[13] BARROSO, op. cit., p.70, nota 7.

[14] *Ibid*, p.71.

[15] *Ibid*, p.72.

[16] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 556.

[17] Outrossim, anota Gomes Canotilho que “O controlo por via principal tanto pode reconduzir-se a um *controlo abstracto de lei* ou actos normativos (cfr. Art. 281º da CRP) como a *uma garantia concreta de direitos fundamentais*. Este último caso é que se observa na *Verfassungsbeschwerde* alemã (acção constitucional de defesa) e no *recurso de amparo* mexicano e espanhol”. Fonte: CANOTILHO, op. cit., p.900, nota 8.

[18] *Idem*.

[19] URBANO, op. cit., p.20 *et seq*, nota 3.

[20] José Afonso da Silva, a respeito do sistema brasileiro escreve: “A justiça constitucional brasileira evoluiu, pois, para um *sistema misto de método difuso e método concentrado*, com clara tendência à ampliação deste último, mas a Constituinte de 1987-1988 recusou a proposta de adoção do método concentrado de tipo europeu, mediante concentração da competência para o exercício do controle de constitucionalidade exclusivamente por uma corte constitucional”. Fonte: SILVA, José Afonso da. “O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil”, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica* /coord. D. Garcia Belaúnde, F. Fernandez Segado, Madrid: Dykinson, 1997, p.394.

[21] Quanto ao modelo português (e espanhol) destaca Alves Correia: “A natureza *mista* dos sistemas português e espanhol de fiscalização de constitucionalidade de normas jurídicas resulta, desde logo, da circunstância de eles incluírem, simultaneamente, um controlo *concreto ou incidental* da constitucionalidade de normas jurídicas, a cargo de todos os tribunais, o qual ocorre a propósito da aplicação dessas normas aos casos que houverem de decidir, e um controlo *abstracto, directo, por via principal ou por via de acção* da conformidade com a Constituição de normas jurídicas, da competência exclusiva do Tribunal Constitucional, o qual se caracteriza por ter lugar independentemente da aplicação de uma norma jurídica a um caso”. Fonte: CORREIA, Fernando Alves. “A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e

Divergências”. *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume VII, n.º 2, 1998: p.40.

[22] Por fim, aduz Ana Paula Z. Carvalhal, em dissertação de mestrado, que: “Embora o sistema misto português não seja igual ao sistema misto brasileiro, em ambos os ordenamentos o controle difuso de constitucionalidade, ao retirar do órgão de cúpula do Poder Judiciário (ou do Tribunal Constitucional no caso português) o monopólio da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, configura-se importante mecanismo de acesso à justiça e, conseqüentemente, meio fundamental de acesso do cidadão à jurisdição constitucional.” Fonte: CARVALHAL, Ana Paula Z. *A tutela dos direitos fundamentais pelo controle difuso e concreto de constitucionalidade nos atuais sistemas português e brasileiro*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008, p. 78.

[23] CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*. Coimbra:Almedina, 2002, p. 49.

[24] BARROSO, op. cit., p.27, nota 7.

[25] Para maior aprofundamento sobre o tema ver: URBANO, op. cit., pp.31-36, nota 3; BARROSO, op. cit., pp.25-32, nota 7 e MORAIS, op. cit., pp.276-280, nota5.

[26] MORAIS, op. cit., p.291, nota 03.

[27] MACIEL, op. cit., p.179, nota 08.

[28] Por terem sofrido fortes influências dos acadêmicos da época, tanto a Constituição austríaca, de 1920, quanto a alemã – também conhecida como Constituição de Weimar –, de 1919, são denominadas, na expressão de Paolo Biscaretti de Ruffia, de “Constituições de professores”. In: LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *O guarda da Constituição e sua legitimidade: a polémica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a proteção da Constituição*. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de, et al. (coord). *Estudos*

de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. vol. 1, Lisboa: FDUL, 2012, p.457.

[29] *Ibid.*

[30] Na verdade, o trabalho foi publicado, inicialmente, em 1929, sob o título *Das Reichgerichts als Hüter de Verfassung*, em 1931, Schmitt publicou uma espécie de versão ampliada com este novo título.

[31] SCHMITT, Carl. *Il custode della costituzione*. trad: Antonio Caracciolo. Milão: Giuffrè, 1981, p.13.

[32] *Ibid*, p.5.

[33] SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. trad: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, pp.35-36.

[34] SCHMITT, op. cit., p.239, nota 31.

[35] *Ibid*, p.236.

[36] Esta mesma confiança seria também o fundamento para que ele utilizasse dos poderes suspensivos conferidos pela segunda parte do artigo 48 da Constituição de Weimar. O guardião da Constituição seria aquele que detivesse a incumbência de defendê-la contra os ataques concretos, mesmo que esses ataques ocorressem apenas de modo excepcional.

[37] SCHMITT, op. cit., p.240, nota 31.

[38] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad: João Baptista Machado, 7.ed, Coimbra: Almedina, 2008, p.251.

[39] *Ibid*, p. 217.

[40] URBANO, op. cit., p.41, nota 03.

[41] LISBOA, op. cit., p.465, nota 28.

[42] URBANO, op. cit., p.42, nota 03.

[43] ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.15.

[44] Bem pontuou Gomes Canotilho ao observar que: “(...) os tribunais constitucionais merecem acolhimento porque as relações entre a política e o direito se colocam em termos substancialmente diferentes dos de Carl Schmitt: a política tem alguma coisa a ganhar alargando a sua capacidade de prestação e purificando as suas bases de comunicação se não deixar «juridicizar» totalmente as questões políticas; o direito também não perde tudo se se considerar que algumas questões tingidas de política são, ao mesmo tempo, questões jurídico-constitucionais carecidas de um controlo jurisdicional específico”. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, p. 877.*

[45] MACIEL, Adhemar Ferreira. “Observações sobre o controle da constitucionalidade da leis no Brasil”. *Revista O Direito*, ano 130, nº 3-4, 1998, p.180..

[46] Cristina Queiroz chega a afirmar que esta “(...) incorporação no direito constitucional europeu-continental de órgão específicos de justiça constitucional, situados fora e acima das jurisdições comuns, não representa uma evolução mas uma ruptura ou revolução, o equivalente funcional da inexistência de garantias políticas”. *In: QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, p.460.*

[47] ROUSSEAU, op. cit., p.16, nota 43.

[48] *Ibid*, p. 47.

[49] Para mais, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 189-216; AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O Amicus Curiae e a Objetivação do Controle Difuso de*

*Constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010, pp.19-36; SILVA, op. cit., pp.391-394, nota 20; BARROSO, op. cit., pp.85-87, nota 7; BASTOS, op. cit., pp.557-565, nota 16.

[50] SILVA, op. cit., p.392, nota 20.

[51] Continua o ilustre autor: “A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, **toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias**. Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, **acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade**” (grifos nossos). Fonte: MENDES, op. cit., p.208, nota 49.

[52] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.



## O COMPLIANCE APLICADO AO DIREITO PENAL

**ANDRÉ LUIZ RAPOZO DE SOUZA TEIXEIRA:** Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2012). Advogado. Empregado público do Banco do Brasil, lotado

na Assessoria Jurídica do Banco do Brasil (AJURE-BA) - Tem experiência na área de Direito, com especializa o lato sensu em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito (2015) e pós-graduando em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2016).

**RESUMO:** O artigo acad mico ora apresentado, tem como objetivo singular, analisar de contorno sucinto, o instituto do Compliance e a sua aplica o nos ramos do Direito Penal e Empresarial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Compliance; Direito Penal; Direito Empresarial; Crimes; Economia.

---

## INTROITO

Cumpra inicialmente descrever o conceito de ordem econ mica, que tem natureza ambígua, como objeto da tutela jurídica, costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira compreende-se por ordem econ mica, a regula o jurídica da interven o do Estado na Economia, na segunda e mais abrangente, a ordem econ mica   conceituada como a regula o jurídica da produ o, distribui o e consumo de bens e serviços.

  cogente perfilar para efeito de prote o penal, a no o de ordem econ mica lato sensu, aprendida como a ordem econ mica do Estado, que abrange a interven o Estatal na economia, a organiza o, o desenvolvimento e a conserva o dos bens econ micos, bem como sua produ o, circula o, distribui o e consumo.

Antes mesmo até de tratar do conceito de Direito Penal Econ mico,   imperioso destacar que se trata de uma tutela em total transforma o, diga-se até, volátil, assim como a economia de um

país se modifica com o passar do tempo, a sua tutela e os seus tipos indesejáveis também o fazem.

Assim, via de regra, o *compliance* têm o desígnio de atuar de acordo com diretrizes, normas e regras essenciais aos processos.

No Direito Penal Preventivo “ex ante”, o dano cede lugar ao perigo. Percebe-se o alvorecer de uma nova tendência, posta a assunção de preceitos éticos e o cumprimento normativo prévio por parte das empresas. O Compliance é a obediência a estamentos próprios, mormente autorregulatórios e parte de premissas éticas e comportamentais próprias.

Inicialmente tratada no Brasil dentro da lei 9.613/98, as noções de Compliance que tem a legislação Espanhola como norte pela proximidade evolutiva, e passou por profundas alterações. Silva Sánchez narra que a em 2010 ocorreu o sepultamento da “*societas delinquere non potest*” na Espanha. Tal fato aproximou nossas legislações, inserindo a responsabilidade penal à Pessoa Jurídica.

O Criminal Compliance têm o propósito de prevenção de delitos econômicos através de uma correção Estatal e privada, denominada de Compliance Programs ou Conformidade. No Brasil, ele desenha os seus primeiros traços, em especial a lei de 9.613/98 e a lei Anticorrupção. Derradeiramente, o Direito Penal Econômico contemporâneo, tem buscado a sua internacionalização e aproximação entre o Civil Law e a Common Law.

Já em um viés empresarial, o Brasil teve sua abertura comercial desenvolvida quando procurou se alinhar com o mercado global, na procura de valorizar suas condições de competitividade e, simultaneamente, a implementação de novas regras de segurança para as instituições financeiras, a fim de gerar a adesão

do mercado interno às boas práticas, em obediência aos ditames do Comitê da Basileia.

Necessário ressaltar que, após os ataques terroristas nos EUA em 2001 e os escândalos financeiro no ano seguinte, o mercado financeiro despertou para a necessidade de regulamentações ainda mais efetivas e rapidamente aplicáveis em todos os países, buscando gerir os riscos aos quais as instituições estão sujeitas.

Com isso, as instituições financeiras foram compelidas a iniciar um ciclo de mudanças cada vez mais radicais, com reestruturações estratégicas, organizacionais e tecnológicas, dentre as quais o fortalecimento de “Política de Controles Internos” e de um “Código de Ética e Normas de Conduta”, denominando-se, em termos gerais, de programas de *Compliance*.

O *Compliance* vem do verbo em inglês “To Comply”, que significa “Cumprir”, “Executar”, “Satisfazer”, “Realizar o que lhe foi imposto” ou seja, *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades legais e institucionais”.

De tal sorte, estar em *compliance* é estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos; é, acima de tudo, uma obrigação individual de cada colaborador dentro do meio que se insere.

## **COMPLIANCE E O DIREITO PENAL**

Como descrito anteriormente, o criminal compliance têm o propósito de prevenção de delitos econômicos através de uma correção Estatal e privada, assim, para Eduardo Saad-Diniz e Renato de Mello Jorge Silveira:

*“O direito penal passa por um momento de alta indagação. Muitas das suas fórmulas tradicionais são postas em xeque, sendo superadas pela inovação do presente. As preocupações com a atual busca de autoria e responsabilidade penal, em especial no campo econômico, são claro exemplo disso. Os limites do ilícito administrativo, hoje, superam a fronteira do crime, sem que os destinatários das normas se dêem conta disso. A proximidade do pensamento empresarial, econômico, tributário e financeiro da seara penal se mostra cada vez mais presente. A interação do sistema jurídico, antes pontualmente separado, hoje redundante em visão globalizante. O preocupante, no entanto, é a possibilidade disso também se postar com uma faceta de vinculação pós-delitual para a busca de novas responsabilidades, coisa até hoje não constatada no horizonte estreito do direito penal. (...)Na leitura fechada da lei, a não correspondência com essas obrigações implicaria em simples responsabilidade administrativa. (...)Por ora, no entanto, a preocupação aqui posta se dá ainda em termos individuais”.*

Pedro Luiz Bueno de Andrade e Sérgio Salomão Shecaira  
que:

*“A abrangência dos programas de compliance alcança diferentes esferas da atividade empresarial. Vai dos códigos de prevenção em matéria ambiental ou em*

*defesa do consumidor a um arsenal de medidas preventivas de comportamentos delitivos referentes ao branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, atos de corrupção, marcos regulatórios do exercício de atividades laborais etc. Tais programas intraempresariais prevêem exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição de envolvidos com práticas aéticas; e a adoção de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado.”*

Segundo Eliza Bianchi, os métodos de *compliance* compreendem à criação de procedimentos enviesados à consolidação de práticas preventivas a partir da criação de procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas e monitoramento do cumprimento de procedimentos, tudo de modo a mitigar riscos enfocando o estreito cumprimento de leis e regulamentos existentes.

Nesse sentido, para a referida autora, o *criminal compliance* volta-se mais especificamente às possibilidades de evitar a imputabilidade penal de gestores de organizações

empresárias, atuando no dia-a-dia, com inserção num cenário de cultura da organização. Trata-se, portanto, “de uma aceitação institucionalizada, que combina as variadas possibilidades de comportamento decisório”, centrada no foco da “prevenção por meio da assunção de uma série de condutas a fim de diminuir os riscos da atividade.

Silva-Sánchez destaca que, a insegurança, característica do momento atual, autoriza que aparatos estatais formem um Estado de vigilância ou de prevenção que tem características que vão além dos mecanismos penais tradicionais.

Comumente verifica-se, no campo penal empresarial, grande dificuldade em termos de responsabilização individual de condutas, de forma que, uma vez percebida a dificuldade de punição de determinados crimes, se verificou a conveniência de punição lateral da simples utilização do dinheiro sujo, oriundo de determinados crimes, por meio da técnica do *Follow the Money*, a qual basicamente consiste em seguir o dinheiro de origem delitiva, a fim de impedir seu aproveitamento e consumação do crime de branqueamento.

No que diz respeito ao *Criminal Compliance*, Eduardo Saad-Diniz e Renato de Mello Jorge Silveira registram que:

*“Sua estrutura é bastante interessante, mas causa uma certa preocupação quando visto sob prisma penal. É de se ver, de toda forma, que a técnica dos programas de compliance não se mostra apenas como ornamentação de estilo das teorias do consenso – e nem mesmo da arbitragem ou dos sistemas de auditoria interna. Ela vai além: mostra-se como uma aceitação institucionalizada, que combina as variadas*

*possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros.”*

Vale ressaltar que as movimentações no campo da economia são condicionadas pela ideia de oportunidade, a qual advém de juízo de cálculo de probabilidades sobre o potencial e a disposição de recursos em níveis mais elevados de produtividade.

Com tal raciocínio, o *compliance* penal revela-se extremamente relevante, na medida em que, por meio da transparência dos documentos contábeis e financeiros e pela adoção das estruturas de boa governança, a decisão jurídica leva em consideração a perspectiva negocial, tornando-se instrumento de controle penal.

## **CONCLUSÃO**

O debate acerca dos programas de *compliance* penal e empresarial tem uma projeção coletiva e outra individual, respectivamente a responsabilidade das pessoas jurídicas e físicas que compõem o esqueleto de uma pessoa jurídica. De tal forma, completamos que:

A) *Compliance* é o dever de cumprir regulamentos internos e externos impostos

às atividades da Instituição e, acima de tudo, uma obrigação individual de cada colaborador dentro da mesma;

b) A função *compliance*, busca, de forma autônoma das demais áreas de uma Instituição, evitar os conflitos de interesses, em busca da conformidade por meio de ações corretivas/preventivas;

c) *Compliance* é um braço dos Órgãos Reguladores na busca da conformidade;

d) A *Criminal Compliance* volta-se mais especificamente às possibilidades de evitar a imputabilidade penal de gestores de organizações empresárias, atuando no dia-a-dia, com inserção num cenário de cultura da organização;

e) Cumpre dizer que Silva-Sánchez associa a *compliance* penal empresarial aos deveres de vigilância;

f) Direito Penal Econômico contemporâneo, tem buscado a sua internacionalização e aproximação entre o Civil Law e a Common Law, sendo a aplicação do Criminal Compliance na cultura jurídica brasileira, a sua contemporânea evidência.

## REFERÊNCIAS

BIANCHI, Eliza. **Criminal Compliance sob a ótica do estudo do risco**. Disponível em: (<http://www.ibccrim.org.br>). Acesso em 25/03/2016.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Documento Consultivo – Função de Compliance – Grupo de Trabalho ABBI-FEBRABAN**. Versão 2004. Disponível em: <<http://www.febraban.com.br>>. Acesso em: 25/03/2016.

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: Saint Paul, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. **Compliance e o Direito Penal. Compliance e o Direito Penal**. Boletim IBCCRIM, v. 222,

SIEBER, Ulrich. **Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica**. Em *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann* – São Paulo, SP: Liber Ars, 2013, p. 298.

SILVA-SANCHÉZ, Jesús María. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. Editora: B de F, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. **Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro**. Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais. Ano 15, Vol. 56 abr-jun/2012. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 295-296.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS - **Normas para a Prática Profissional de Auditoria Interna**. (2001). Disponível em [www.theiia.org](http://www.theiia.org). Acesso em 25/03/2016.





## O PRINCÍPIO DO JUÍZO IMEDIATO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

**BRUNO PALHANO GONÇALVES:** Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD. Advogado na cidade de Campo Grande/MS.

Resumo: O presente artigo se propõe a esclarecer a aplicação do denominado princípio do juízo imediato nas demandas sujeitas à competência da Justiça da Infância e da Juventude. Inicialmente, o trabalho traz uma breve noção dos critérios para fixação de competência nos processos cíveis em geral, e em seguida busca esmiuçar o mencionado princípio, destacando sua distinção em relação ao regramento processual civil, bem como sua aplicação pela jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Princípio do Juízo Imediato. Competência. ECA. Perpetuatio jurisdictiones.

### INTRODUÇÃO: CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Dentre os requisitos para a obtenção de uma resposta de mérito, apontam-se as condições da ação e os pressupostos processuais. Estes, por seu turno, são classificados pela doutrina em pressupostos processuais de existência, cuja importância é tanta que prejudicam a própria existência do processo, e pressupostos processuais de validade, os quais constituem

requisitos para que o processo perdure e cumpra sua finalidade. A jurisdição, entendida como a função do Estado de atuar a vontade concreta da lei com o fim de obter a justa composição da lide, constitui pressuposto existencial do processo. A competência, de outro lado, é necessária para que se tenha um processo validamente instaurado.

Competência é a medida, a extensão ou o limite da jurisdição. É a delimitação prévia, constitucional e legal do poder jurisdicional, segundo critérios de especialização da Justiça, distribuição territorial e divisão de serviços entre os órgãos do Judiciário.

O legislador pátrio estabeleceu o critério da exclusão para fixação da competência. Assim, inicialmente, deve-se afastar a competência internacional, para que se cogite fixar a competência da justiça brasileira. Em se tratando da competência interna, a CF estabelece a distinção entre a justiça comum e as especiais, que são a trabalhista, a eleitoral e a militar. A competência das justiças especiais é apurada conforme a matéria discutida, e a competência da justiça comum é residual. A justiça comum pode ser federal ou estadual. Assim, o que não for de competência das justiças especiais, nem da Justiça Federal, será atribuído, supletivamente, à Justiça Estadual.

Com a apuração da Justiça competente, analisam-se os critérios objetivo, funcional e territorial para a fixação da competência. O critério objetivo é utilizado quando a competência é determinada pelo valor atribuído à causa, ou pela matéria discutida no processo. O critério funcional abrange a competência hierárquica, bem como os casos em que a demanda deve ser distribuída a um determinado juízo, em razão de manter ligação com outro processo. Finalmente, a competência territorial é utilizada pela legislação processual civil para a indicação do foro.

### Competência absoluta e relativa

Uma regra de competência absoluta é aquela que não pode ser modificada pelas partes ou por fatos processuais como a conexão ou a continência. Além disso, ela gera nulidade do processo quando violada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz. Já a norma de competência relativa é aquela passível de modificação pelas partes ou por prorrogação oriunda de conexão ou continência. A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício (súmula número 33 do STJ) e a não observância de suas regras não gera vício processual, já que a competência admite prorrogação.

Em primeiro lugar, ressalte-se que as regras de competência fixadas pela Constituição Federal são sempre absolutas. Já o CPC e outras leis federais formulam regras para apuração do foro competente, valendo-se do critério funcional e do critério territorial. Todas as normas do CPC que usam o critério funcional são de competência absoluta. Ademais, quando o CPC se vale do critério territorial, a regra é que a competência seja relativa, salvo as exceções previstas no art. 47, parágrafos 1º e 2º do CPC/2015, baseadas no foro de situação da coisa.

As leis de organização judiciária estaduais servem para a apuração do juízo competente. Quando se valem do critério de matéria ou de pessoa, é incontroverso que a competência do juízo é absoluta. Mas há controvérsia quando as normas de organização judiciária se valem do critério territorial e do valor da causa. Para Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, a competência de juízo será absoluta, salvo se fundada no valor da causa, quando será relativa. No entanto, tem prevalecido o entendimento de que a competência de juízo é sempre absoluta, seja quando a norma está fundada no critério matéria ou na pessoa, seja ainda quando fundada no valor da causa ou no território.

### PRINCÍPIO DO JUÍZO IMEDIATO

Como corolário dos princípios da prioridade absoluta, do melhor interesse e da doutrina da proteção integral, o art. 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90) excepciona as regras gerais de competência dispostas no Código de Processo Civil, estabelecendo o denominado “princípio do juízo imediato”.

Segundo a redação do art. 147, incisos I e II, do ECA, a fixação do foro competente se dá pelo domicílio dos pais ou responsável e, na falta destes, pelo lugar onde se encontra a criança ou o adolescente. Observa-se, assim, que o regramento especial despreza a regra do art. 46 do CPC/2015 (art. 94 do CPC/1973), pela qual a competência é fixada em razão do domicílio do réu.

Com efeito, na sistemática adotada pelo ECA, é irrelevante se o representante da criança ou do adolescente figura como autor ou réu na relação jurídica processual. Além disso, pouca importa se o litigante possui a condição de genitor ou responsável, guardião legal ou de fato. Assume relevância exclusiva o local onde se encontra a criança ou o adolescente.

Em outras palavras, para a apuração do foro competente nas ações que envolvam interesses de crianças ou adolescentes, é necessário verificar se o menor convive, de fato, com seus pais ou responsáveis. Demonstrada a convivência, aplica-se a regra do art. 147, I, sendo competente o foro do domicílio dos pais ou responsável. Não obstante, inexistindo tal convivência, a competência será definida pelo lugar onde se encontrar a criança ou o adolescente.

Claramente, verifica-se que o objetivo da regra ora discutida é preservar o exercício do direito fundamental à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente (art. 19, do ECA). Nesse sentido, alguns autores defendem a alteração legislativa a fim de que estabelecer como competente o foro “do lugar onde a criança

ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária”.

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, o intuito máximo do princípio do juízo imediato está em que, pela proximidade com a criança, é possível atender de maneira mais eficaz aos objetivos colimados pelo ECA, bem como entregar-lhe a prestação jurisdicional de forma rápida e efetiva, por meio de uma interação próxima entre o Juízo, o infante e seus pais ou responsáveis.

Para Olegário Gurgel Ferreira Gomes, o princípio do juízo imediato, positivado no art. 147, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, funda-se em bens jurídicos caros, quais sejam, a prioridade absoluta à prestação jurisdicional e o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, evitando entraves no curso do processo decorrentes da distância e garantindo a continuidade de atividades escolares e recreativas do infante ao poupá-lo de deslocamentos para atos processuais.

Ressalte-se que a regra do juízo imediato como forma de fixação de competência prevista no ECA não se confunde com o regramento especial do CPC dispensado em relação ao postulante de pensão alimentícia. Como se sabe, o art. 52, II, do CPC/2015, dispõe ser competente o foro do domicílio ou residência do alimentando para a ação em que se pedem alimentos. Trata-se, porém, de mero foro especial ou de opção do alimentando, o qual se presume hipossuficiente no caso concreto. Nesse caso, o alimentando terá a seu favor uma prerrogativa, nada impedindo que ele renuncie à regalia, e proponha a demanda no domicílio do alimentante. Por outro lado, o princípio do juízo imediato veiculado no art. 147 do ECA assume nítido caráter cogente, isto é, trata-se de norma de ordem pública, destinada a assegurar a máxima efetividade do princípio constitucional da prioridade absoluta, bem como do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Assim, em que pese se trate de norma de competência territorial, o princípio do juízo imediato, ao permitir a devida proteção aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, não pode ser considerado norma de competência relativa. Conforme visto anteriormente, o principal aspecto capaz de definir a natureza da norma de competência, se absoluta ou relativa, é o caráter imperativo e de ordem pública que esta assume.

Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar que mesmo a competência fixada pelo critério territorial, de natureza relativa com a possibilidade da prorrogação caso não arguida em preliminar de contestação (art. 65 do CPC/2015), poderá revestir-se de natureza absoluta, visando afastar o foro ou juízo prejudicial ao interesse da criança ou adolescente. Desta forma, conclui-se que a competência territorial, vista sob o ângulo da proteção da criança e do adolescente, cede espaço à regra de competência especial e torna-se de natureza absoluta, tendo em vista que o aspecto do lugar deve se compatibilizar com a interpretação mais favorável ao infante.

A jurisprudência tem dado preferência à aplicação do princípio do juízo imediato sobre as regras gerais estabelecidas no Código de Processo Civil. Assim, descartam-se as regras de prevenção e de conexão, de maneira que independentemente destas, a competência será do juízo imediato.

Também em decorrência da especialidade das regras disciplinadas no ECA, bem como pelo fato de estas caracterizarem normas de ordem pública, entende-se que o princípio do juízo imediato deve prevalecer sobre a regra da *perpetuatio jurisdictiones* (art. 87 do CPC/73 e art. 43 do CPC/2015). Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a norma do art. 147 do ECA não admite a prorrogação de competência, a qual cede lugar à solução que oferece tutela jurisdicional mais ágil, eficaz e segura ao infante, permitindo, desse modo, a modificação da competência no curso do processo.

Finalmente, ressalte-se que a inobservância do princípio do juízo imediato, desde que cause prejuízo, constitui vício de nulidade absoluta, que deve ser reparado, podendo ser objeto de a o rescisória (art. 485, incisos II e V, CPC). A doutrina observa, no entanto, que se a demanda estiver devidamente instruída, não haverá motivo para a remessa dos autos a outro juízo se acaso houver a altera o do domicílio da criança ou do adolescente. Assim, estando a a o em condi es de ser julgada, diante de estar o quadro probatório completo, até para a celeridade do processo, deve o processo ser julgado pelo mesmo juízo, o que se mostra razoável e em conformidade com o próprio superior interesse do menor.

### **REFERÊNCIAS**

ROSSATO, Luciano Alves; L PORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Pereira, Tânia da Silva; Deccache, L cia Cristina Guimarães. O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente como Critério de Fixa o da Competência. Revista da EMERJ, v. 11, n  42, 2008.

“Princípio do juízo imediato – o direito   convivência familiar e comunitária como elemento definidor da competência territorial para a es judiciais amparadas na Lei n.  8.069/90”. Disponível em: [http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional\\_ABMP/8%20Tese.Principio%20do%20juizo%20imediato.Regra%20de%20competencia.%20G1.pdf](http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional_ABMP/8%20Tese.Principio%20do%20juizo%20imediato.Regra%20de%20competencia.%20G1.pdf) (acesso em 05.02.2016).

Superior Tribunal de Justiça, 2  Se o. CC 114.782/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12/12/2012, DJe 19/12/2012.

Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção. CC 111.130-SC, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08.09.10, DJe 31.01.2011.



www.conteudojuridico.com.br

## ABRIGAMENTO COMPULSÓRIO DO IDOSO DIREITO À DIGNIDADE VERSUS DIREITO DE LIBERDADE

**GRAZZIELA DE OLIVEIRA E SOUSA LACERDA:**  
Analista do Ministério. Bacharela em direito. Pós graduada em Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Direito da Criança Juventude e Idosos.

**RESUMO:** Este estudo tem como preocupação básica refletir sobre o abrigo da pessoa idosa em entidade de repouso quando ela estiver em situação de risco devido à sua conduta ou de seus familiares, ainda que seja contra a vontade da mesma. A questão é salutar uma vez que dois direitos fundamentais estão aparentemente em conflito e a decisão pela colocação em abrigo contra a vontade do idoso implica, de certa forma, na violação do seu direito de liberdade. O objetivo deste artigo é investigar se a colocação do idoso em entidade de acolhimento contra a sua vontade, com objetivo de garantir sua dignidade não fere seu direito de liberdade e de escolha. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica considerando as contribuições de autores como ALEXANDRE DE MORAES(2001), KILDARE CARVALHO (2005), OSVALDO PEREGRINA (2009) e decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, entre outros, procurando enfatizar as hipóteses de abrigo do idoso fundamentado na preservação de sua dignidade e a violação ao direito de liberdade. Assim, conclui-se que a questão é de suma importância uma vez que, o estatuto do idoso permite o abrigo como medida de proteção, ainda que em razão a conduta do idoso, deve-se, portanto, questionar se a colocação do mesmo em entidade de acolhimento contra a sua

vontade, fundamentado no direito à dignidade, não afronta o direito fundamental de liberdade.

**Palavras-chave:** Abrigamento. Compulsório. Idoso. Dignidade. Direito de Liberdade.

---

### **Introdução**

O presente trabalho tem como tema Abrigamento Compulsório do Idoso Direito à Dignidade x Direito de Liberdade, Busca-se enfatizar as hipóteses de abrigamento do idoso fundamentado na preservação de sua dignidade e a violação ao direito de liberdade.

Nesta perspectiva, construiu-se questões que nortearam este trabalho:

- O abrigamento do idoso contra a sua vontade afronta seu direito de liberdade?
- Sem liberdade de escolha é possível garantir a dignidade?

A relevância da questão está no fato de que o estatuto do idoso permite o abrigamento como medida de proteção, ainda que em razão da condição pessoal do idoso.

Deve-se, portanto, questionar se a colocação do mesmo em entidade de acolhimento contra a sua vontade, fundamentado no direito à dignidade, não afronta o direito fundamental de liberdade, bem como, se é possível ter dignidade, sem se respeitar o direito de liberdade.

Neste contexto, quando o idoso é compulsoriamente encaminhado a instituição de acolhimento como garantia de preservação de sua dignidade, há inegável violação ao direito fundamental de liberdade.

Conforme Oswaldo Peregrina Rodrigues,

A Constituição Federal de 1988 estatui em seu artigo 230, *caput* que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas

idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”, estabelecendo, pois, uma relação jurídica obrigacional na qual figuram, no pólo passivo, com deveres jurídicos, a família, a sociedade e o Estado (Poder Público), e, como sujeito ativo, titular dos direitos, o idoso. (Rodrigues, 2009, p. 433)

Assim, o objetivo primordial deste estudo é, pois, investigar se a internação compulsória do idoso contra a sua vontade é benéfica ou prejudicial e se tal medida não afronta seu direito fundamental de liberdade.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura e artigos científicos divulgados no meio eletrônico, bem como as jurisprudências dos Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como: Osvaldo Peregrina Rodrigues (2009), Kildare Carvalho (2005) e Alexandre de Moraes (2001).

### **Desenvolvimento**

O art. 230 da CF dispõe:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a vida. (Moraes, 2001, p. 657).

Para garantir os direitos da pessoa idosa, foi criada a lei n. 10.741/2003, a qual define, logo no primeiro artigo, quem é idoso:

É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

Portanto, fazem jus aos benefícios e direitos previstos no Estatuto do Idoso a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Visando garantir os direitos da pessoa idosa, a Lei 10.741/2003 prevê no capítulo II, medidas específicas de proteção ao idoso.

Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I- Encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;
- II- Orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III- Requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;
- IV- Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento aos usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;
- V- Abrigo em entidade;
- VI- Abrigo temporário.

Na visão de Osvaldo Peregrina Rodrigues (2009).

A efetivação dessas medidas visa o restabelecimento da convivência familiar- natural ou substitutiva-, a adequação da convivência comunitária, até o eventual acolhimento do idoso em abrigo, nos casos de impossibilidade, ainda que temporária, da permanência no âmbito familiar. ( Rodrigues, 2009, p. 500)

Assim, dentre as medidas protetivas, o art. 45, inciso V, dispõe sobre a possibilidade do Poder judiciário determinar, para assegurar os direitos dos idosos, “abrigo em entidade”.

Tal medida extrema visa garantir a dignidade da pessoa idosa, a qual está em com seus direitos ameaçados ou violados, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso da família, curador, ou entidade de atendimento e, por fim, em razão de sua condição pessoal (art. 43, da lei n. 10.741/2003).

Conforme leciona Kildare Carvalho:

A dignidade humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio estado se constrói com base neste princípio. O termo dignidade designa respeito que merece qualquer pessoa.

A dignidade a pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de

autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como um fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento Kantiano. (Carvalho, 2005, p. 384)

O conceito de dignidade traz implícito a liberdade e o respeito pelo próximo, devendo ser assegurado a toda pessoa humana, o mínimo invulnerável que lhe garanta viver dignamente.

O renomado jurista Kildare Carvalho (2005) define o direito de liberdade:

Vários são os sentidos de liberdade.

A liberdade, em sentido geral, consiste no estado de não estar sob o controle de outrem, de não sofrer restrições ou imposições, tendo aqui sentido negativo. Mas significa também “a faculdade ou poder que a pessoa tem de adotar a conduta que bem lhe parecer, sem que deva obediência a outrem (Carvalho, 2005, p.425).

Neste viés, verifica-se que liberdade é poder de escolha, é o estado de não estar sob controle de outrem.

O art. 2º do Estatuto do Idoso garante à pessoa idosa todos os direitos fundamentais, a proteção integral para preservação de sua saúde física e mental, em condições de liberdade e dignidade.

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e

seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Ao garantir a preservação dos direitos fundamentais do idoso, referido artigo buscou enfatizar dois princípios fundamentais à vida: liberdade e dignidade.

Por outro lado, buscando proteger a pessoa idosa que teve seus direitos violados e garantir que ela tenha uma vida saudável, inúmeros são os pedidos judiciais de abrigo da pessoa idosa em entidade, como forma de garantir sua dignidade.

Entretanto, muitos destes pedidos não contam com a anuência do próprio interessado, uma vez que, apesar de estarem com a dignidade violada, se negam a deixar seu lar e sua família, para residirem em uma entidade de acolhimento.

Quando se depara com tal situação, tecnicamente, estamos diante de um aparente conflito entre o direito à dignidade e o direito de liberdade.

O artigo 10, *caput* do estatuto do idoso, assegura a pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana.

Segundo Oswaldo Peregrina (2009, p. 454) “O direito à liberdade é outro direito subjetivo fundamental a sufragar a dignidade da pessoa humana, expressamente assegurado como direito personalíssimo de toda pessoa (art. 5º, *caput*, CF). Em diversos incisos do referido artigo constitucional são encontradas (explícita ou implicitamente) proteções aos variados aspectos do direito de liberdade, como se verifica nos seguintes incisos: IV, VI, VIII, IX, XV.”

Continuando a lição, afirma Oswaldo Peregrina (2009)

“Respeito, liberdade e dignidade são ingredientes imprescindíveis para que a pessoa

humana, mormente a idosa, tenha garantidos seus direitos à vida e ao envelhecimento dignos e saudáveis, com a integral proteção dos seus interesses (individuais e sociais), assegurada a aplicabilidade à sua plena cidadania. (Rodrigues, 2009, p. 455)

Infere-se dos conceitos de liberdade e dignidade que não há como pensar em dignidade afastando o direito de liberdade. Somente assegurando ambos direitos, pode-se falar em integral proteção aos direitos da pessoa idosa.

Nesse diapasão surge a dificuldade em assegurar a dignidade do idoso que se encontra em situação de risco em seu lar e se recusa a deixá-lo, uma vez que, a utilização da medida extrema prevista no inciso V, do art. 45 do referido Estatuto, violaria o direito fundamental de liberdade.

Nestes casos, cabe, aos aplicadores do direito, buscar uma solução que garanta os direitos da pessoa idosa que estão violados, sem lhe retirar o direito de poder escolher onde morar.

De forma simples e concisa pode-se dizer que o Poder Judiciário e o Ministério Público devem estar atentos para que os direitos dos idosos não sejam violados, entretanto, buscar um meio de garantir a dignidade, sem atingir o direito primordial de liberdade.

Em recente decisão o Tribunal de Justiça do Estado de Minas gerais negou provimento ao recurso do Ministério Público, o qual buscava a internação compulsória do idoso contra a sua vontade:

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO - IDOSO EM SITUAÇÃO DE RISCO - MEDIDA ESPECÍFICA DE PROTEÇÃO AJUIZADA PELO MP - TUTELA ANTECIPADA - PEDIDO DE INTERNAÇÃO DO INTERESSADO EM INSTITUIÇÃO ADEQUADA NO MUNICÍPIO -

AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR - RESISTÊNCIA REITERADA DO IDOSO EM SE SUBMETER À INTERNAÇÃO EM ASILO - EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS PARAPRESERVAR-LHE A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA - RECURSO DESPROVIDO. - Ainda que esteja o idoso em situação de risco, não há de ser determinada a sua internação imediata, em sede de medida específica de proteção ajuizada pelo "parquet", se o mesmo, embora já tendo sido internado por diversas vezes, chegou a fugir, em todas elas, dos asilos locais. Por outro lado, inexistindo notícias de que houve declaração de sua incapacidade, melhor seria que o Ministério Público, desde que necessário, promovesse-lhe, antes, a interdição, sem a qual o idoso é livre para decidir se quer, ou não, ser submetido à medida de internação. - Nos limites de cognição pertinente ao recurso de agravo, afigura-se, ainda, no mínimo, questionável o interesse do Ministério Público no ajuizamento da presente medida de proteção, tendo em vista que dispõe de medidas administrativas diretas e mais eficazes, sem depender do judiciário, na proteção do idoso que esteja em situação de risco, tais como aquelas previstas nos incisos V , VI , VIII , IX do art. 74 do Estatuto do Idoso . (TJMG, Processo: 104600803107620011 MG 1.0460.08.031076-2/001(1). Relator(a): ARMANDO FREIRE. Julgamento: 30/09/2008. Publicação: 03/11/2008)

Obviamente, a decisão demonstra que o Poder Judiciário vem enfrentando a questão e decidindo por afastar o abrigamento do idoso em entidade quando o interessado demonstrar insatisfação na aplicação da medida.

Importante que o Poder Judiciário continue enfrentando a situação concreta, buscando averiguar se abrigamento compulsório é a única solução para garantir a vida do idoso, sempre galgando em garantir a liberdade de escolha e proporcionar outros meios de viver dignamente, sem desrespeitar a escolha da pessoa idosa.

### **Conclusão**

Diante do exposto, concluiu-se que apesar do Estatuto do Idoso prever a internação compulsória da pessoa idosa em situação de risco, tal medida não se mostra viável, uma vez que desrespeita o direito de liberdade de escolha da pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Assim, deve ser ter em mente que, havendo conflito entre o direito à dignidade da pessoa idosa e tolher seu direito de liberdade de decisão, deve-se resguardar sua escolha, garantida em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Dessa forma constatou-se que não há como garantir a dignidade da pessoa idosa, suprimindo o seu direito de liberdade.

Portanto, diante de um caso concreto em que a dignidade do idoso estiver violada, cabe ao Ministério Público e ao Poder Judiciário buscar o meio de garantir a dignidade, sem tolher a liberdade.

Nesses casos, cabe aos aplicadores do direito, quando verificarem que a pessoa idosa encontra-se em situação de risco, que requer a aplicação da medida específica de proteção de abrigo em entidade, indagar ao idoso se é de sua vontade a institucionalização.

Sem o consentimento do idoso, incabível a aplicação da medida protetiva, ainda que ele esteja em situação de risco.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte. Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed, 2008. itora Atlas S.A., 2001

RODRIGUES, Osvaldo Peregrina, Direitos do Idoso. In: JUNIOR, Vidal Serrano Nunes (Org.). *Manual de Direitos Difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão na Apelação de autos nº 1.0460.08.031076-2/001(1).Relator: Armando Freire. Publicado no DJ de 03.11.2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 20 jul. de 2015.

## A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA ATUAL EFICÁCIA

**JEFERSON MONTEIRO MANSO:** Servidor Público Do Estado De São Paulo (Agente De Segurança Penitenciária) - pós-graduando em direito penal e processual penal.

**RESUMO:** Desde o surgimento da sociedade, fez necessário a criação de leis e a imposição de sanção para que essas leis fossem respeitadas, “As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedades, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação.” (Dos Delitos e das Penas Cesare Beccaria, 2000, p. 41). A pena privativa de liberdade, foi criada com o intuito de impedir que o delinquente pratique novos delitos ou que outros cidadãos pratiquem esses mesmos delitos, tendo, ainda, por objetivo reinserir o condenado, ao seio social. Com duas espécies de pena privativa de liberdade, a reclusão e a detenção, a qual poderá ser cumprida em regime fechado; semiaberto ou aberto, levando em conta o tempo de condenação, a periculosidade do agente e entre outros. O sistema penitenciário é o responsável pelo cumprimento de pena privativa de liberdade, porém, é incapaz de cumprir os fins para os quais as penas são destinadas, seja a de punir, de impedir que o condenado cometa novos crimes e o maior objetivo o de reeducar, reinserir aquele condenado ao convívio social.

**PALAVRAS- CHAVE:** Pena. Sistema Penitenciário. Reeducação.

---

### 1. Introdução

A pena é uma sanção penal, imposta pelo Estado, ao indivíduo que praticou uma conduta tipificada como crime. Tem por finalidade fazer com que esse delinquente pague por sua conduta ilícita, criminosa, com uma pena e como forma de retribuição e a fim de evitar que novos delitos sejam cometidos por outros membros da sociedade, bem como reinserir o condenado ao convívio social.

Podemos observar que a pena tem caráter retributivo e preventivo, e de reeducação, de reinserção social do condenado. A prevenção pode ser geral, quando é dirigida a todos os membros da sociedade, evitando que outros membros pratiquem novos crimes, pelo temor da pena, podendo ser também especial, visando aqui o próprio condenado, o qual é tirado do meio social, impedindo-o assim que venha praticar novos delitos, procurando reeduca-lo, reinseri-lo ao meio social, durante todo o cumprimento da pena imposta.

Apesar de todo esforço, a pena privativa de liberdade esta fracassada, ela deixou de intimidar, não recupera o condenado e para aquele delinquente habitual, contumaz, não o pune, pois, esse delinquente amoldou-se ao cotidiano atrás das grades, o convívio junto aos demais cidadãos torna-se estranho, para aquele indivíduo que passou muito tempo preso. E o pior, ao invés de recuperar o ser humano o destrói, deixa-o pior do que quando entrou e sequer impede que o indivíduo preso pratique novos delitos que aproveitando-se da tecnologia comanda o crime fora das muralhas das prisões.

O sistema penitenciário nacional, destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, passa por uma enorme crise, em diversos aspectos, vejamos: superlotação carcerária, elevado custo ao estado, facções criminosas, as quais comandam o crime de dentro das prisões.

Devia-se punir o delinquente, para que ele não cometesse novos delitos, ou seja, que esse delinquente seja reinserido ao convívio social, para que ele pagasse o mal que cometeu com o mal da pena, para intimidar que outros cidadãos venham cometer novos delitos. Nenhum fim da pena é alcançado e não há preocupação das autoridades em mudar esse cenário, constrói-se mais e mais prisões e mais pessoas são presas, é um círculo vicioso, quanto mais estabelecimentos prisionais, mais pessoas são presas, e mais vagas vão faltando, e a solução é abarrotar os condenados em prisões cada vez mais lotadas, é o Estado tentando dar uma resposta à sociedade.

As leis penais brasileiras, não são brandas, não são ultrapassadas, o que há é uma má aplicação da lei, princípios como o da bagatela, da mínima intervenção da lei penal entre outros são esquecidos, a pena alternativa ainda é vista com receio e pouco aplicada.

## **2. Das penas privativas de liberdade**

O Código penal, em seu artigo 33 *caput*, prevê duas espécies de pena privativa de liberdade: a reclusão e detenção. A princípio, não há diferenças entre a pena de reclusão e de detenção, mas elas existem, mesmo que poucas, entre elas podemos citar o início de cumprimento da pena, a pena de reclusão destina ao crime de maior gravidade, podendo iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, já o delito de menor gravidade é punido com detenção, cujo regime de cumprimento de pena poderá no máximo iniciar-se em regime semiaberto, no entanto nada impede que o condenado a pena de detenção cumpra sua condenação em regime fechado, por força da regressão de pena, a qual poderá ocorrer durante a execução da pena.

### **2.1 início do cumprimento de pena para crimes punido com reclusão**

a) se a pena imposta for superior a 8 anos o regime Inicial de cumprimento de pena será o fechado;

b) se a pena imposta for superior a 4 anos e inferior 8 anos, o regime inicial de cumprimento da pena será o semiaberto;

c) por fim se a pena for igual ou inferior a 4 anos, o regime inicial vai ser aberto.

Cabe observar que de acordo com o Código Penal, se o condenado for reincidente o regime prisional, independente da pena deverá ser o fechado, não importando o tempo da pena. Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, permitiu que um sentenciado anteriormente condenado a pena de multa pudesse iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, baseando-se no artigo 77, parágrafo 1º do Código Penal. Também o STJ, possibilitou através da súmula 269, que o juiz possa fixar o regime inicial semiaberto na sentença condenatório não superior a 4 anos ao réu reincidente.

## **2.2 início do cumprimento de pena para crimes punidos com detenção**

a) se a pena for superior a 4 anos: inicia o cumprimento da pena em regime semiaberto;

b) se a pena for igual ou inferior a 4 anos: inicia o cumprimento da pena em regime aberto

Para a pena de detenção não existe pena em regime fechado, devendo iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, o condenado reincidente iniciará o cumprimento da pena em regime semiaberto, admitindo o regime fechado apenas no caso de regressão.

## **2.3 Regimes penitenciários**

Ao tratarmos do início de cumprimento de pena, podemos observar que há três tipos de regimes, quais sejam: o regime fechado (é o mais rigoroso), o regime semiaberto (é o mediano) e por fim o regime aberto (é o mais brando), cada regime tem suas próprias regras, suas próprias peculiaridades.

### **2.3.1 Regras do Regime Fechado**

O Regime fechado, é o mais rigoroso dos regimes e, também, o maior responsável pela decadência física e psicológica do condenado. As regras desse regime, estão previstas no artigo 34 do Código penal. No cumprimento da pena em regime fechado o condenado, é submetido a exame criminológico de classificação, sendo obrigado a trabalhar no período diurno devendo ficar isolado no período noturno.

A cela nesse regime de cumprimento de pena deve ser individual, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo ser um ambiente salubre, cujo condicionamento térmico seja adequado a existência humana e com área mínima de seis metros quadrados (art. 88 da LEP).

O Trabalho é obrigatório, devendo levar-se em consideração as aptidões e ocupações do condenado anteriores ao cárcere, devendo ainda, ser compatível com a execução da pena. O preso político não está obrigado ao trabalho (art. 200 LEP), bem como o preso provisório (art. 31 § único da LEP).

Com o trabalho o condenado pode diminuir o tempo de cumprimento da pena, para cada três dias de trabalho o condenado diminui um dia de pena. (art. 126 § 1º, II da LEP).

Poderá, ainda, remir a pena o condenado que frequentar o ensino fundamental, médio, profissionalizante ou superior, a cada 12 horas (divididas no mínimo em três dias) remirá um dia de pena

(126 1º, I da LEP), podendo o curso ser realizado presencialmente ou a distância, devendo ser certificada pelas autoridades educacionais (art. 126 § 2º da LEP).

Com prisões superlotadas, o isolamento noturno é impossível, os condenados são na verdade abarrotados em celas coletivas, sem nenhum tipo de higiene ou salubridade, tampouco há condicionamento térmico adequado.

Os trabalhos são precários, na verdade são simbólicos, impossível de reeducar ou fazer com que o condenado tenha uma profissão, já que em muitas prisões os trabalhos limitam-se a costuras de bolas, colocação de molas em pregadores, até rabiolas para pipas são feitas nos presídios, ou seja, não se aprende uma profissão, não usa-se, a capacidade do condenado, não explora sua capacidade laborativa do condenado, apenas o obriga ao trabalho, mas sem nenhum fim reeducativo.

Como recuperar alguém, que com um currículo já manchado pela condenação de um crime, que não aprendeu uma profissão, que realizou um trabalho inútil. Esse condenado sairá do cárcere sem perspectiva e pior do que entrou, já que ficam abarrotados com outros criminosos, cuja ficha criminal assusta aqueles condenados pela prática de crimes leves.

### **2.3.2 Regras do Regime Semiaberto**

Nesse regime o condenado pode ser alocado em cela coletiva, desde que observadas às condições adequadas para a existência humana, ou seja, a cela deve ser arejada ter condicionamento térmico adequado, e observado sua capacidade máxima para habitação de presos.

O regime semiaberto, vem tratado no artigo 35 do Código Penal, apesar de menos rigoroso, cabe ao condenado observar com

maiores cautelas as regras desse regime, de modo que não venha cometer nenhuma falta disciplinar, sob pena de regredir ao regime fechado.

O cumprimento desse regime dar-se-á em colônia agrícola industrial ou similar, conforme artigo 91 da Lei de execução penal. Aqui o trabalho externo é admitido, podendo ser autorizado pelo juiz ao sentenciar ou pela direção da Unidade Prisional, desde que cumprido um sexto da pena, conforme artigo 37 da lei de execução penal.

O STJ, admite que o juiz da execução autorize o trabalho externo, mesmo antes do cumprimento de um sexto da pena, para tanto, o juiz deve fazer uma análise criteriosa do condenado. É autorizada, ainda, a frequência em cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, assim como no regime fechado o condenado poderá remir para de sua pena, conforme art. 126 da LEP.

Apesar de sair para trabalhar o indivíduo é um condenado esta sob a custódia do Estado, por isso deve a direção da Unidade designar funcionários para que façam, fiscalização periódica, verificar se o sentenciado encontra-se realmente trabalhando, se aquela empresa realmente existe, enfim se não é de fachada, na qual o sentenciado a usa para praticar novos delitos. Cabe ressaltar, que o empresário não tem o dever de fiscalização no cumprimento da pena.

#### **2.3.4 Regras do Regime Aberto**

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, não havendo obstáculos contra fugas, o local apropriado para cumprimento desse regime é a Casa de Albergado, que deverá ser localizado em centro urbano.

De acordo com a Lei de Execução Penal, em cada região deverá haver uma Casa de Albergado, devendo suas instalações serem compostas de ambientes para fiscalização e orientação dos condenados.

O trabalho do condenado será sem vigilância, podendo o condenado inclusive frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada, devendo recolher-se durante a noite e em dias de folgas.

O condenado fica obrigado a cumprir à certas condições legais previstas no artigo 115, incisos I a IV da LEP devendo ainda, obedecer as condições judiciais previstas no caput do artigo 115 da LEP, cuja recusa, em obedecer, seja ela expressa ou tácita (o comportamento do condenado, faz crer que não seguirá as regras impostas não lhe será garantido tal regime, ou seja, diante da recusa do condenado em cumprir as condições que lhe foram impostas, o juiz poderá regredir sua pena para um regime mais rigoroso.

As condições legais ou gerais, consistem em: permanência do condenado no local designado nos dias de repouso e folgas, obediência ao horário de saída e retorno do trabalho, proibição de ausentar-se da cidade que reside sem autorização judicial e no comparecimento obrigatório a juízo, para informar e justificar suas atividades quando solicitado.

São condições judiciais ou especiais: as que por convencimento e conveniência do juiz impõe ao condenado, considerando a natureza do delito e as condições pessoais do seu autor. Essas podem ser alteradas pelo juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da autoridade Administrativa ou do condenado.

Para ingressar no Regime Aberto o condenado deve estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo,

imediatamente, bem como, a autodisciplina e o senso de responsabilidade.

Será admitido o recolhimento do condenado ao Regime aberto em sua residência, quando se tratar de condenado maior de setenta anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou a condenada gestante, regime conhecido como prisão domiciliar.

## **2.4 Progressão Regime**

Com a reforma do código Penal em 1984, nosso ordenamento jurídico, adotou o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, onde de acordo com o mérito do condenado, observado os pressupostos legais, possibilitará que condenado seja transferido, paulatinamente, de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, no qual a restrição da liberdade, do condenado, vai diminuindo gradativamente, pois nosso ordenamento proíbe a progressão por salto, o qual possibilita que o condenado que cumpre pena em regime fechado progrida diretamente para o Regime Aberto.

Nos termos do artigo 112 da LEP, para a progressão de regime, deve ser observado dois pressupostos, um de cunho objetivo e outro de cunho subjetivo.

a) pressupostos objetivos: consiste no cumprimento de um sexto da pena, no regime anterior, salvo nos casos de condenados em crime hediondo ou equiparados nos quais o lapso de tempo para progressão é de dois quintos para o condenado primário e três quintos para o condenado reincidente, assunto que será tratado em tópico próprio.

Caso o condenado tenha sua pena sentenciada em mais de trinta anos, mas que por força do artigo 75 § 1º do Código Penal

tenho sido unificada para trinta anos, o lapso deverá ser calculado sobre o total da pena e não sobre a unificação da pena ou seja os trinta anos.

Para nova progressão, o condenado deverá cumprir um sexto do restante da pena (e não sobre o total), devendo a contagem ser iniciada a partir da data da anterior progressão e não de eventual transferência.

Por fim impede destacar que apesar de não haver norma reguladora, a jurisprudência majoritária, tem entendido que no caso de falta grave, haverá a interrupção do tempo de pena cumprido, destarte a contagem do lapso temporal é reiniciado, da data da falta grave, cometido pelo condenado, sobre o restante da pena e não sobre sua totalidade.

b) pressupostos subjetivos: leva em consideração o mérito do condenado, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional.

O atestado de bom comportamento não vincula o juiz em sua decisão, podendo conceder ou não a progressão de regime.

O bom comportamento do condenado atestado pelo direito do estabelecimento prisional, não é critério eficaz para avaliar o condenado, tampouco, para convencimento do juiz, o qual resta ter uma postura criteriosa na avaliação do pedido de progressão.

Sem dúvida, houve um retrocesso com a edição da lei 12.792/2007, responsável pela extinção do exame criminológico, importante método para avaliar o condenado e dizer se esta apto para retornar a convívio social. Foi uma lei criada afim de esvaziar as penitenciárias superlotadas, mas foi ineficaz, pois as prisões continuam superlotadas e agora sem o exame criminológico, para saber se realmente esse condenado tem condições de voltar ao convívio social.

Porém, nada impede ao juiz, levando em conta a peculiaridade do caso, desde que fundamentado, exigir que o condenado seja avaliado pela Comissão Técnica de Classificação, que é o órgão responsável pelo programa individualizador da pena.

#### **2.4.1 Progressão de Regime para os Crimes Hediondos**

A progressão de regime aos condenados a crimes hediondos e equiparados, era proibida pela lei 8.072/90, cuja constitucionalidade era muito discutida, a polêmica aumentou com edição da lei da lei 9.455/1997, a qual tipificou o crime de tortura prevendo em seu artigo 1º § 7º a progressão de regime, ao prever “o condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Já que o crime de tortura possibilitava a progressão de regime, a mesma possibilidade deveria ser estendida aos crimes hediondos e equiparados, pois todos eram tratados pelo inciso XLIII do art. 5º da CF.

Afim de acabar com o debate o STF editou a súmula 698, estabelecendo “não se estende ao demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime da execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

Só no ano de 2006, o STF modificando seu entendimento, declarou a inconstitucionalidade da determinação do cumprimento integral da pena em regime fechado, assim os crimes hediondos e equiparados, passaram a ter o mesmo tratamento legal aos demais crimes, ou seja, a progressão de regime com o cumprimento de um sexto da pena.

O legislador, diante da postura do STF, rapidamente, sob a alegação de que a lei de crimes hediondos e equiparados deveriam ter um tratamento diferenciado aos demais crimes, editou a lei

11.464/2007, possibilitando a progressão de regime, mas com um lapso temporal diferenciado, destarte, para progressão de regime em um desses crimes, o condenado deveria cumprir dois quintos se primário e três quintos se reincidente.

Outra discussão foi gerada, os condenados antes da lei 11.464/2007, entrar em vigor, para pleitear a progressão deveria cumprir um sexto ou dois quintos da pena resposta   simples, o condenado deve cumprir um sexto da pena, conforme regra do art. 112 da LEP, e para os crimes cometidos após a vigência da lei 11.464/2007, a progressão dar-se-  nos termos do art. 2  da lei de crimes hediondos, ou seja, o cumprimento de no mínimo dois quintos para o condenado primário e três quintos para o condenado reincidente.

  o que estabelece a vinculante 26 do STF “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execu o observar  a inconstitucionalidade do art. 2  da lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar para tal fim, de modo fundamentado, a realiza o de exame criminológico”. Manifestou dessa mesma maneira o STJ na sua súmula 471.

### **2.4.2 Regressão de Regime**

Tratado o art. 118, I, II e   1  da LEP, a regressão consiste na imposi o de transferência do condenado para um regime mais rigoroso, em virtude de seu demérito, o qual frustra os fins da execu o penal.

Vimos que o condenado, não poderá progredir de pena por saltos (ir direto do regime fechado para o aberto) devendo passar antes pelo regime semiaberto para poder ir para o regime aberto.

Na regressão não há essa negativa, ou seja, o condenado pode regredir do Regime Aberto diretamente para o regime fechado, já que a LEP, ao tratar da regressão em seu art. 118, admite a transferência para qualquer dos regimes.

Assim como na progressão a regressão compete ao juiz da execução podendo ocorrer nos seguintes casos:

a) quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, previsto no artigo 118, Iº parte da LE. Essa é uma casa obrigatória de regressão, não há necessidade do trânsito em julgado da ação.

b) quando o condenado praticar falta grave (art. 118, I 2º parte da LEP, essas faltas estão previstas taxativamente no art. 5º da LEP

c) quando o condenado sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime, art. 118, II da LEP, somar-se-á a pena mais o restante que seta sendo cumprido, cuja soma determinará o regime que o condenado vai cumprir a pena;

d) quando o condenado do regime aberto frustrar os fins da execução, art.; 118 § 1º, 1º parte da LEP. O condenado passa a praticar condutas incompatíveis com o Regime Aberto, como por exemplo deixar de trabalhar, praticar contravenção penal, praticar falta média, leve ou grave;

e) quando o condenado ao Regime Aberto, podendo não pagar a multa cumulativamente imposta, art. 118 § 1º, 2º parte, deve se levar em conta a situação financeira do condenado, pois o pagamento da multa não pode frustrar o seu sustento ou de sua família.

### **3 conclusão**

A pena de prisão é um mal necessário, mas deve ser aplicada com cautela, pois incapaz de recuperar alguém, muitas vezes transforma o indivíduo em verdadeiro criminoso, ademais a perda de bens e valores, oriundo da conduta criminosa tem maior eficácia no combate ao crime do que a própria prisão.

A prisão já não assusta, há alto índice de reincidência, hoje as prisões são simbólicas, o estado não tem controle nenhum sobre seus presos, de dentro da prisão eles controlam o crime aqui fora, roubam, matam, traficam. O estado é temeroso com o crime organizado, exemplo disso são os diversos ataques que ocorrem em todo Brasil, ordenados por presos de dentro das prisões, muitas das vezes, pela simples transferência de um preso de um estabelecimento prisional para outro.

O encarceramento custa caro e não recupera o condenado, prisões superlotadas, ambientes insalubres, os condenados ficam em pequenas celas superlotadas, sem acompanhamento psicológico sem nenhum tipo de programa para recuperá-lo.

Um dos piores erros do legislador, foi ter extinto o exame criminológico para a progressão de regime, pois os atuais mecanismos de avaliar os méritos subjetivos do condenado são insuficientes e ineficazes, para afirmar que aquele condenado esta apto para progredir de regime e cumprir sua pena em um regime mais brando, onde seu contato com a sociedade vai ficando mais próximo.

A condenação a pena de prisão deve ser usada em último caso, apenas para crimes violentos, quando o delinquente trazer algum risco para sociedade. Mas o que o estado faz é prender, depois condena, podendo o delinquente ficar anos aguardando julgamento, não quer saber se esse indivíduo é ou não perigoso, é

comum ouvirmos que certo cidadão foi preso por roubar um chocolate, por que cometeu tal crime e isso não resolve, o criminoso habitual não tem medo da prisão, pois, a prisão já virou a casa de muitos.

O sistema penitenciário não pode ser visto de forma isolada, mas deve-se olhar para o sistema penitenciário como um todo, olhar para ele e ver que ali esta parte da sociedade, parte esta que foi isolada para que não destrua uns aos outros.

Previsto na LEP o sistema deve ser visto como um todo, prisão e sociedade, procurar saber o que levou cada um dos condenados a praticas delituosas, foi o meio em que viviam, foi a falta de oportunidade, as más condições dos bairros em que viviam ou foi o abandono familiar, escolar, porém, não há nenhum programa nesse sentido.

O trabalho de reeducação não deve acabar quando o condenado ganha sua liberdade, tratado na LEP com egresso, pois sem ter para onde ir, voltará para o mesmo bairro em que vivia sem infraestrutura, passando pelos mesmo problemas, convivendo com o crime organizado, lugares onde o Estado ausente, não restará alternativa a não voltar para o mundo do crime.

Deveria ser traçado um plano de reeducação ao condenado já na sua chegada a prisão, esta prevista na LEP, mas o Estado é omissivo, ademais com a atual população carcerária é quase impossível, fazer um trabalho do tipo. O investimento seria enorme, com a contratação de mais profissionais; um local no estabelecimento penal adequado, com boa iluminação, um ambiente salubre, impossível com a atual situação carcerária no país, onde os presos estão abarrotados em pequenas celas.

Por fim, a pena privativa de liberdade, não reeduca, não recupera, não assusta ou intimida a prática de novos delitos por

parte de outras pessoas.   preciso investir mais em penas alternativas, para casos medianos tornozeleiras eletr nicas, a prisão deve ser em último caso, pois ela não recupera ninguém, apenas destrói o ser humano.

Enfim deve haver uma queda drástica na pena de prisão, na popula o carcerária, uma maior aplica o de penas alternativa, na perda de bens, pois com uma popula o carcerária menor, e uma maior aplicabilidade da LEP, como a classifica o do perfil do condenado pela Comissão Técnica de Classifica o, o trabalho reeducador torna-se mais fácil.

Todo ser humano tem recupera o, pois todos nascemos com boa índole, com caráter, havendo qualquer desvio de conduta com quem quer que seja, quanto antes começar o tratamento, terá maior eficácia e efetividade.

### **Referências**

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. São Paulo, Martins Fontes. Tradu o de Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. Revisão: Roberto Leal Ferreira. 2000.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches Manual de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Podivm, 2015.

DELMANTRO, Celso; DELMANTRO. Et al.; Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damasio. Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012

LEITÃO, Leslie, PADUA, Luciano, Escola do Crime, Do furto ao latrocínio. São Paulo, Edição 2427-ano 48- nº 21. Veja.2015



ANHANGUERA EDUCACIONAL

UNIVERSIDADE ANHANGUERA - UNIDERP

THIELLY DIAS DE ALENCAR PITHAN

**O CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENA PRIVATIVA  
DE LIBERDADE EM FACE DO ATUAL SISTEMA  
PENITENCIÁRIO SUL-MATO-GROSSENSE**

CAMPO GRANDE/MS - 2009

THIELLY DIAS DE ALENCAR PITHAN

**O CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENA PRIVATIVA  
DE LIBERDADE EM FACE DO ATUAL SISTEMA  
PENITENCIÁRIO SUL-MATO-GROSSENSE**

Monografia apresentada à Comissão julgadora da Universidade ANHANGUERA-UNIDERP, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof<sup>o</sup> Sérgio Guimarães Dias.

A Monografia intitulada O CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM FACE DO ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO SUL-MATO-GROSSENSE apresentada pela acadêmica THIELLY DIAS DE ALENCAR PITHAN, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito à banca examinadora da Universidade ANHANGUERA – UNIDERP, Campo Grande, MS, obteve a nota \_\_\_\_\_, para aprovação.

*BANCA EXAMINADORA*

---

*PROF. SÉRGIO GUIMARÃES DIAS*

Orientador

---

Examinador *PROF.*

---

*PROF<sup>a</sup>. MSC. MARIA CLEIDE LIMA PEREIRA CAVALCANTE*

Examinadora ABNT

Campo Grande - MS, 1º de Junho de 2009.

Dedico este trabalho à minha família, em especial à minha mãe, que com seu exemplo, despertou em mim uma profunda inquietude em face das injustiças sociais.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, pelo dom da vida, pela benevolência e, principalmente, por estar presente em todos os momentos de minha vida, dando-me força e coragem para percorrer o árduo caminho e superar as adversidades.

Agradeço à minha família, pelos bons ensinamentos que fazem de mim o que sou. Pelos valores e princípios que a mim foram ensinados e, especialmente, por estar sempre ao meu lado, aceitando meus defeitos e minhas derrotas, enfim, aceitando-me do jeito que sou.

Agradeço ao meu pai, pela preocupação com minha formação e pela dedicação em tentar fazer de mim um ser humano melhor.

Agradeço ao meu esposo Eder, amigo e companheiro de todas as horas, pela paciência, compreensão e pela generosidade em abdicar de muitos momentos nossos em prol de minha faculdade.

Agradeço aos bons mestres que tive ao longo de minha formação. Professores ímpares que lecionaram com amor, comprometidos a ensinar não apenas o conteúdo programático, mas sim o que, de fato, precisávamos aprender.

Agradeço ao meu paciente orientador, professor Sérgio Guimarães Dias, pela dedicação e criteriosidade nas correções de minha monografia, por suas intervenções sempre pontuais e necessárias e, principalmente, por sua paixão ao ensino que fazem dele um raro profissional, um Professor de verdade.

Agradeço às minhas, flexíveis e pacientes, amigas que ao longo desta caminhada propuseram-se a ficar ao meu lado e ensinaram-me uma das mais valiosas lições que um ser humano pode aprender, a de respeitar as diferenças.

Agradeço àqueles que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, contribuíram para a formação da consciência que, hoje, tenho acerca do tema aqui apresentado, bem como para a feitura do presente trabalho, seja no empréstimo de bons materiais, seja em discussões pertinentes e construtivas.

*Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima das possíveis em dadas circunstâncias, proporcionada aos crimes, ditada pelas leis.*  
(Cesare Beccaria)

*Frutos do mundo somos os homens...  
Pequenos girassóis os que mostram a cara  
E enormes as montanhas que não dizem nada!*  
(Raul Seixas)

## RESUMO

Este trabalho tem como precípua finalidade demonstrar que a pena privativa de liberdade não cumpre satisfatoriamente sua principal finalidade, qual seja, a de ressocializar o apenado. Objetiva, ainda, apresentar os principais problemas que assolam nosso sistema carcerário e impedem, por conseguinte, que a pena cumpra seu mister. Demonstra que a Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais não são respeitadas quando do cumprimento da pena. A metodologia utilizada foi uma profunda pesquisa bibliográfica acrescida da análise de dados, obtidos pela Internet, acerca da realidade do sistema penitenciário de nosso Estado. Constatou-se que uma reformulação do sistema penitenciário sul-mato-grossense é urgente e necessária, vez que a forma com a pena privativa de liberdade vem sendo executada contribui para o constante aumento da violência e vai de encontro aos mais basilares princípios de Direito que tratam da execução penal, bem como ao próprio Estado Democrático de Direito.

**Palavras-Chave:** Caráter Ressocializador. Pena Privativa de Liberdade. Sistema Penitenciário Sul-mato-grossense. Garantias Constitucionais. Realidade nas Penitenciárias.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA .....</b>	<b>10</b>
2.1 O PACTO EXISTENTE ENTRE OS INDIVÍDUOS E O ESTADO .....	10
2.2 O ESTADO, SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E SUA FINALIDADE .....	12
2.2.1 As Garantias Individuais .....	15
2.3 A PREOCUPAÇÃO COM A PERDA DA LEGITIMIDADE ESTATAL PARA PUNIR – O <i>JUS PUNIENDI</i> POSTO EM XEQUE .....	16
2.3.1 A desigualdade social como porta de entrada para o crime .....	17
<b>3 PENA E SISTEMA PENITENCIÁRIO .....</b>	<b>19</b>
3.1 TEORIAS .....	19
3.1.1 Teoria Absoluta .....	20
3.1.2 Teoria Relativa .....	21
3.1.3 Teoria Mista .....	22
3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PENA .....	22
3.3 SISTEMA PENITENCIÁRIO .....	27
<b>4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – REALIDADE NAS PENITENCIÁRIAS .....</b>	<b>32</b>
4.1 ISONOMIA .....	33
4.2 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	34
4.3 INTRANSCENDÊNCIA DA PENA .....	39
4.4 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA .....	39
4.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE .....	41
4.6 INTERVENÇÃO MÍNIMA E CARÁTER FRAGMENTÁRIO DA SANÇÃO PENAL .....	42
4.7 CONSEQUÊNCIAS AO ESTADO PELA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	43

<b>5 SUGESTÕES PARA SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO SUL-MATO-GROSSENSE.</b> .....	<b>46</b>
5.1 POR QUE NÃO PRIVATIZAR? .....	46
5.2 CONSELHO PENITENCIÁRIO.....	49
5.3 CRIAÇÃO DE UM PERCENTUAL MÍNIMO NO ORÇAMENTO DOS ENTES FEDERATIVOS PARA INVESTIMENTO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO .....	51
5.4 FUNDO PENITENCIÁRIO ESTADUAL.....	51
5.5 VALORIZAÇÃO DO SERVIDOR PENITENCIÁRIO .....	52
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A monografia que ora se apresenta tem o escopo de demonstrar a falência do sistema penitenciário sul-mato-grossense. Não nos ativemos a um esboço histórico acerca da pena privativa de liberdade, porque isto já foi exaustivamente feito por muitos doutrinadores. Na verdade nosso foco é a execução da pena corporal e sua conformidade com os mandamentos constitucionais.

Um dos problemas mais graves relacionados à pena corporal é o fato de que nossa sociedade não se preocupa em buscar soluções para os problemas enfrentados pela população carcerária. Na verdade muitas pessoas ainda acreditam que podem quedar-se inertes e que não têm obrigação de “sustentar bandidos”. O primeiro capítulo foi construído para combater este pensamento equivocado e tentar despertar nos leitores a consciência de que solucionar o caos do sistema penitenciário é responsabilidade de todos.

O segundo capítulo, por sua vez, discorre sobre as teorias que explicam os fins da pena corporal, justificando, por conseguinte, sua existência. Apresenta a relevante função social que a pena privativa de liberdade possui. Discorre sobre o sistema penitenciário estadual.

O terceiro capítulo é responsável por abordar os princípios constitucionais que norteiam a execução penal, demonstrando que, na verdade, tais princípios são meras abstrações legais sem, nenhuma ou pouquíssima, eficácia social, vez que são frontalmente desrespeitados quando da execução da pena.

Por fim, o quarto capítulo apresenta algumas sugestões para a solução de alguns dos problemas enfrentados pelo sistema penitenciário sul-mato-grossense, ressaltando que basta um pouco de vontade política. Descarta a privatização como alternativa, demonstrando que tal instituto é totalmente incompatível com a execução da sanção penal.

Não temos a pretensão da originalidade. Na verdade o problema aqui abordado tem sido o foco de diversos trabalhos científicos. Pretendemos somar, acrescentar, fazer parte deste grupo de pessoas que se preocupam com o problema e buscam soluções.

## 2 DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Neste capítulo demonstraremos não só o porquê da escolha do tema, mais que isso, queremos demonstrar a relevância da discussão do tema para a sociedade, o quanto é pertinente reconhecermos os problemas que afetam nosso sistema penitenciário, bem como a busca constante por sua melhoria e aperfeiçoamento, a fim de que ele atenda aos objetivos para o qual foi instituído.

Para bem compreendermos o tema da presente pesquisa, mister se faz traçarmos alguns breves comentários acerca do chamado ‘contrato social’, aquele contrato estabelecido entre todos os indivíduos, onde cada um delega o seu poder e une aos demais, a fim de criar uma instituição mor que tem como fim, gerir esse poder sempre voltada aos anseios sociais e para atingir o bem comum.

É necessário, ainda, ponderarmos acerca do conceito de Estado, seus elementos constitutivos e o fim para o qual foi criado. Também é necessário refletirmos sobre a natureza social do ser humano, o que implica dizer que não há ser humano que não esteja inserido em uma realidade social, isto é, inserido em um convívio social.

Todas essas idéias nos ajudarão a demonstrar a importância da discussão ora travada, e a necessidade de buscarmos soluções imediatas ao grave problema vivido pelo sistema penitenciário.

### 2.1 O PACTO EXISTENTE ENTRE OS INDIVÍDUOS E O ESTADO

Para iniciarmos nossa reflexão, convém citarmos a célebre frase de Rousseau de que “O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros” (1987, p. 22).

O que ele afirma com esta frase é exatamente o raciocínio que pretendemos aqui desenvolver. É o fato de que todos os seres humanos nascem totalmente livres, com a chamada liberdade natural. Todavia, com a evolução da vida em sociedade foi necessário que a liberdade individual antes natural, cedesse espaço ao que Rousseau chama de liberdade convencional, e ao que preferimos chamar de liberdade formal, que nada mais é do que a liberdade que cada um de nós hoje é detentor, o que significa que podemos fazer tudo dentro dos limites pré-fixados por lei, costumes, moral e demais tipos de normas de conduta que possuem um efeito coativo sobre as pessoas.

Ainda segundo a idéia Rousseniana, podemos afirmar que tal processo de transição da liberdade natural para a formal resultou da vontade humana.

O ser humano percebeu a necessidade de que sua conduta fosse regulada, percebeu a necessidade da criação de um ente que tivesse o poder de fazer a vontade de todos prevalecer sobre a de cada um.

É dessa necessidade que para Rousseau surge o chamado ‘pacto social’, não como um acordo formal e planejado, mas sim como consequência natural da evolução humana e necessário para a sua manutenção.

Munidos das idéias de Rousseau é que conseguiremos compreender que a atuação estatal está jungida sob o manto do binômio dever/poder.

O Estado não age ao seu bel prazer, mas sim tem o dever de agir em prol de todos os indivíduos, e só por ter este dever é que é detentor do poder de fazer com que sua vontade tenha força impositiva e seja soberana.

Hobbes (*apud* ROUSSEAU, 1987) afirma que o poder estatal tem seu fundamento no medo e na força, o que nos leva a concluir que para ele a vontade estatal prevalece em razão do receio que os cidadãos têm de sofrer retaliações por condutas lesivas à ordem social, sendo que por isso deve o Estado agir sempre de forma impositiva e até certo ponto tirana, para que sua vontade prevaleça sempre, mesmo quando representativa da vontade de alguns ou de governos específicos, e totalmente dissociada da vontade geral.

Rousseau (1987) tem um pensamento diametralmente oposto, na medida em que defende que o poder estatal (na verdade poder do povo, apenas exercido pelo Estado) se funda na consciência que todos possuem (ou pelos menos deveriam possuir) da necessidade de manutenção do Estado, sob pena de inexistência da própria sociedade.

Críticas há as duas teorias.

À primeira pelo fato de que não há que se falar em Estado senão para atender ao bem comum, que em última análise seria atender aos anseios dos indivíduos. Como podemos então afirmar que estes indivíduos sejam submetidos á vontade estatal quando assim não o quiserem?

À segunda, pelo fato de que nem todos os indivíduos possuem maturidade e consciência política suficientes para agir dessa forma (seja por ignorância ou por mera ausência de vontade política), logo, deixar a existência estatal submetida a isso seria condenar o Estado à decadência, uma vez que estaria submetido às oscilações do espírito humano.

Fato é que seja qual for o fundamento adotado para justificar e legitimar a existência do poder, para que o exercício desse poder seja realmente legítimo, mister se faz que ele seja exercido de forma vinculada ao bem de todos, observadas às limitações legais e sem distinções injustificáveis, tudo em respeito ao princípio da isonomia, tema que melhor abordaremos a frente.

Assim, toda vez que o Estado se omite frente aos seus deveres ou os cumpre de forma insatisfatória, ele está descumprindo o que foi pactuado. Tal omissão ou ineficiência estatal se vê quando analisamos o atual sistema penitenciário, todavia por ora não adentraremos no mérito da discussão, eis que esta será realizada em momento mais oportuno nos capítulos subseqüentes.

Quando uma parcela da sociedade está sendo ofendida ou tendo os seus interesses deixados de lado, a própria sociedade como um todo está sofrendo a ofensa, na medida em que “desde o momento em que essa multidão se encontra assim reunida em um corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, nem, ainda menos, ofender o corpo sem que os membros se ressintam”, afirma Rousseau. (1987, p. 35)

É justamente desse pacto social que nasceu o Estado, e por conseqüência o que chamamos de soberania.

## 2.2 O ESTADO, SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E SUA FINALIDADE.

Pois bem, nas palavras de Dallari (2005, p. 119) o Estado pode ser definido como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

Desse conceito podemos extrair os três elementos constitutivos do Estado, a saber: povo, território e poder, bem como a finalidade para qual este ente foi criado – o bem comum.

Passemos à análise de cada um deles.

Povo é o elemento pessoal do Estado, imprescindível para a constituição e existência deste, uma vez que é por ele e para ele que o Estado é constituído. Segundo Dallari (2005, p.99) povo é o

conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

O Estado é constituído pelo povo e para o povo, na medida em que este é elemento essencial para a formação do Estado e direciona toda a atuação deste, pois o vincula ao cumprimento de sua finalidade que é promover o bem comum.

Território é o elemento material do Estado, na medida em que limita o espaço geográfico em que o Estado irá exercer seu poder de mando, isto é, sua soberania. Conseqüência natural desse conceito, segundo Dallari (2005), é o fato de que o Estado está totalmente protegido de interferências externas, já que tem seu espaço soberano delimitado, onde nenhum outro Estado pode intervir.

Por fim, poder é o elemento que fornece ao Estado força para impor suas vontades sobre as dos cidadãos, ou seja, permite que ele aja de forma soberana.

A soberania não se confunde com o poder, este é elemento constitutivo do Estado, isto é, necessário para que o Estado exista, enquanto aquela é atributo de um Estado que já existe, conseqüência lógica da existência do poder.

Todos estes elementos ordenados e interligados formam o que conhecemos por Estado, que surgiu da necessidade de organização e gerenciamento da vida em sociedade, com a finalidade precípua de promover o bem comum.

O conceito de bem comum é de suma importância para o nosso estudo, eis que sendo ele a principal finalidade do Estado, toda vez que dele o Estado se afastar perderá sua legitimação para agir e por conseqüência sua razão de existir.

Quem melhor trouxe a definição de bem comum foi o Papa João XXIII (*apud* DALLARI, 2005, p. 108) que o define como “o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.

Movido por esta finalidade mor, cabe ao Estado impor limites e deveres para que a vida social seja harmônica. Cada indivíduo tem a liberdade de fazer tudo, absolutamente tudo que quiser, mas deve ter consciência que todas as suas atitudes geram conseqüências, ora agradáveis, ora desagradáveis.

Para bem desempenhar seu mister o Estado dividiu-se em três funções básicas: Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Estado-Legislator é responsável pela criação das leis, leis essas que restringem a liberdade dos indivíduos, impondo limites à liberdade individual e prevendo conseqüências ao seu desrespeito.

O Estado-Executivo é responsável pela aplicação das leis, tem uma função tipicamente administrativa, é ele o responsável pela elaboração de políticas públicas voltadas para a solução dos problemas enfrentados pelos cidadãos. É também o responsável pela gestão do dinheiro arrecadado pelos cofres públicos.

O Estado-Judiciário, por sua vez, é responsável pela solução dos conflitos existentes entre os indivíduos e entre estes e o próprio poder público. Tem como fim dizer o direito, ele busca, em última instância, como muitos gostam de dizer, aplicar Justiça ao caso concreto, corrigindo por vezes as imperfeições legislativas.

Tal fenômeno é conhecido como a ‘Tripartição de Poderes’<sup>1</sup> que tem como pai Montesquieu (2000).

Tal teoria foi totalmente incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio, na medida em que nossa Carta Magna em seu art. 2º prevê que: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2009, p...)

---

<sup>1</sup> Há uma forte crítica à chamada teoria da Tripartição de Poderes, na medida em que na verdade o que há é apenas a tripartição das funções estatais, pois o poder emana do povo e é uno e indivisível.

Tais funções estão jungidas sob o manto do sistema de freios e contrapesos. Sobre o tema Moraes (2004, p 386) explica que:

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que essa fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” [*checks and balances*].

Com essas ponderações iniciais fica claro que o Estado não é um fim em si mesmo, mas foi criado para atender objetivos mais amplos e complexos que os objetivos individuais. A vontade estatal não deve estar guiada para atender aos objetivos particulares dos indivíduos, nem tampouco aos objetivos dos Governantes, mas sim para atender aos objetivos de todos. A vontade estatal deve estar sempre voltada para atingir o bem comum.

É claro que ao seguir esta finalidade é impossível que todas as vontades sejam atendidas, afinal, por vezes algumas vontades devem ser sacrificadas e deixadas de lado, mas tal situação é plenamente justificável quando se tem por objetivo colocar determinados indivíduos em pé de igualdade com outros e lhes proporcionarem as mesmas garantias que são gozadas pelos outros.

Ora, quando falamos em atuação estatal, estamos falando em uma postura ativa frente aos problemas vivenciados pela sociedade e não em um mero gestor de vontades de uns sob a submissão de outros.

O Estado deve sim intervir toda vez que for necessário buscar Justiça Social, sob pena de se tornar um mero instrumento de validação formal das injustiças sociais, em detrimento de sua própria identidade.

### 2.2.1 As Garantias Individuais

Por ser o Estado (como nação) detentor exclusivo da soberania, surgiu a necessidade de proteger o indivíduo contra possíveis abusos estatais que viessem a ocorrer em virtude do afastamento do Estado de sua finalidade mor. Tais teorias individualistas mostraram a necessidade de resguardar os indivíduos do uso dessa prerrogativa – a soberania, que por vezes pode ser arbitrário.

Foi desta necessidade que surgiram as chamadas garantias individuais, que nada mais são do que fatores limitativos da atuação estatal.

No texto constitucional diversas são as garantias individuais previstas, eis que há um título inteiro para elas, o que nos faz perceber que nosso constituinte apresentou demasiada preocupação com o ser humano, colocando-o como o centro das preocupações legislativas, não foi por outro motivo que nossa Carta Magna ficou conhecida como Constituição Cidadã.

### 2.3 A PREOCUPAÇÃO COM A PERDA DA LEGITIMIDADE ESTATAL PARA PUNIR – O *JUS PUNIENDI* POSTO EM XEQUE

O Estado é detentor exclusivo do *jus puniendi*, o que significa dizer que só ele e somente ele pode submeter os indivíduos – sujeitos ativos de delitos – à punição.

Sua legitimidade para punir advém do fato de que tal poder lhe foi delegado por seus legítimos possuidores – o povo, conforme bem explicitado alhures.

Ocorre que o Estado não vem cumprindo satisfatoriamente esse mister, o que coloca em crise sua legitimação.

Várias são as razões e as conseqüências dessa crise, que passaremos a abordar e analisar pormenorizadamente.

O Estado só recuperará sua legitimidade para aplicar seu *jus puniendi* quando cumprir com as suas ‘obrigações contratuais’.

Ora, o chamado pacto social é celebrado por todos os indivíduos e para o bem de todos os indivíduos, o Estado só foi criado para esse fim. Ocorre que assistimos, atualmente, muitas pessoas que vivem à margem da sociedade, privadas dos direitos mais básicos para uma existência com dignidade.

Há uma profunda desigualdade social, que além de oprimir muitas pessoas, ainda, ajuda a promover os altos índices de violência que enfrentamos. O Estado deve efetivamente agir para diminuir essa desigualdade social, e evitar que muitas pessoas sejam levadas para o mundo do crime, sem nem poderem escolher.

Com isso constatamos que o Estado não cumpre com suas ‘clausulas contratuais’, entretanto, quando um indivíduo não cumpre com as suas, ele submete esse indivíduo – o transgressor da regra, a uma pena.

Em outras palavras, ele não cumpre com sua obrigação, mas exige que os cidadãos cumpram com as deles. Agindo assim o Estado se desvia do motivo para o qual foi criado e, por conseqüência, perde sua legitimação. Sua responsabilidade é objetiva, por isso, cada vez que ele é omissos e deixa de cumprir com seus deveres, mas ele perde a sua legitimidade para punir.

Uma grande parcela dos delitos tem como motivação questões sociais. Não nos referimos somente a questões econômicas (conceito muito restrito), mas sim, sociais, que englobam vários fatores, tais como, desestrutura familiar, inversão de valores éticos e morais, desigualdade social, entre outros.

### 2.3.1 A desigualdade social como porta de entrada para o crime

Se todos os indivíduos tivessem as mesmas oportunidades, transgrediriam as regras e delinquiriam apenas àqueles que realmente tivessem propensão à vida criminosa e escolheram livremente cometer delitos. Todavia não podemos afirmar que os indivíduos escolhem livremente delinquir. Na verdade, as escolhas não são tão livres assim, pois eles já nascem predeterminados em uma determinada realidade, não têm tanta opção de escolha, e quando escolhem a vida criminosa é, talvez, por que esta seja uma das poucas opções que lhes sobra.

Podemos afirmar que alguns indivíduos apresentam uma certa vulnerabilidade ao crime pelo simples fato de pertencerem a uma determinada classe social. Nas palavras de Zaffaroni (2001, p. 270)

A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu.

Segundo a teoria da co-culpabilidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p.580)

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades.

Portanto, o Estado-Juiz não pode ignorar a realidade e aplicar penas com o escopo de simplesmente retribuir, pois o Estado só teria este direito se tivesse oferecido opções aos indivíduos e cumprido com suas funções. Ora, como e por que retribuir o mal ao indivíduo (autor do delito) quando na verdade ele – o Estado – foi o principal ‘incentivador’ do delito, pois em última análise se omitiu na solução de problemas que impulsionaram a criminalidade.

Nesse diapasão Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 580) arrematam que

Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. (Grifo do autor)

Assim, é fácil concluir que o Estado só tem a efetiva legitimidade para punir quando age voltado para o bem comum. A omissão e os desvios estatais são circunstâncias que colocam em xeque a legitimidade punitiva do Estado.

Feitas estas considerações iniciais, poderemos adentrar nos meandros da execução da pena privativa de liberdade.

## **3 PENA E SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Neste capítulo apresentaremos as teorias que justificam a necessidade da pena privativa de liberdade, enfatizando a relevante função social que a pena corporal possui e que foi perdendo ao longo dos tempos. Apresentamos, ainda, a organização do sistema penitenciário sul-mato-grossense.

### **3.1 TEORIAS**

Há basicamente três teorias que explicam o porquê da existência da pena, buscando legitimá-la e justificá-la, sendo elas, as teorias absoluta, relativa e mista.

Cada teoria desenvolve um raciocínio peculiar para explicar a função da pena.

Bitencourt (2001, p. 103) assinala com muita propriedade que “a uma concepção de Estado corresponde, da mesma forma, uma de pena”.

Isso porque o direito penal é forma de controle social, logo, cada Estado utiliza-o da forma que lhe é mais conveniente.

Daí as atrocidades que foram cometidas ao longo dos tempos em nome do direito penal e a necessidade de sua constante reformulação.

Antigamente, quando vigia o Estado Absolutista, onde havia um grande acúmulo de capital, a função da pena era perpetuar esta situação e proteger o Estado contra as investidas que poderiam distribuir este capital e fazer com que o Soberano caísse.

Logo após, a pena passou a ter um caráter meramente retributivo, pagando o mal com o mesmo mal praticado. Vigia, então, o Estado Capitalista, com seu exacerbado individualismo.

Atualmente, juntamente com o chamado Estado liberal-social, triunfa o caráter ressocializador da pena, especialmente porque o ser humano deixou de ser cultuado individualmente, mas passou a ser valorado dentro do contexto social que está inserido, logo, os interesses sociais além dos individuais é que são considerados.

Entretanto, essa evolução paulatina aconteceu de forma intensa e verdadeira somente no papel, eis que na *práxis* não houve esse desenvolvimento. A pena continua sendo um instrumento do poder estatal voltado a perpetuar as injustiças, em especial, a grande desigualdade social reinante.

### 3.1.1 Teoria Absoluta

Esta teoria é também conhecida como retribucionista, exatamente porque sustenta que a pena tem como fim precípua retribuir ao mal causado pelo transgressor à sociedade.

Bitencourt (2001) afirma que esta teoria teve dois momentos de justificações distintos.

O primeiro momento relaciona-se ao Estado Absolutista em que Deus e Governo se difundiam num único poder, em uma única pessoa. Por isso a pena tinha uma função purificadora de expiar o mal dos indivíduos. Vejamos o que nos ensina Bitencourt:

A idéia que se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado Absolutista, impunha-se uma pena a que, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus. (2001, 105)

Com a evolução da sociedade, o Estado Absolutista foi perdendo força e cedendo espaço ao Estado Burguês, o que fez com que a pena deixasse de lado o caráter religioso, mas não o retribucionista.

Assim, a pena passa a ter um caráter de retribuição pura e simples do mal causado pelo indivíduo com o cometimento do delito. Arremata Bitencourt que

por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do *mal* causado, um castigo que compense tal *mal* e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Grifo do autor (2001, p. 107)

Por mais difícil que seja aceitar, o fim da pena é realizar justiça. A concepção de justiça é simplesmente retribuir da mesma forma e nas mesmas proporções o mal causado pelo indivíduo.

Esta teoria aplica sem reservas a lei de talião.<sup>2</sup> As penas, nas palavras de Boschi, “têm por fim *exclusivo* castigar o delinqüente, conforme propõe a expressão encontrada em todos os livros de direito penal: ao mal do crime, o mal da pena [*punitur cuius peccatum est*]”. (2006, p. 107, grifo do autor)

Há inúmeras críticas a esta teoria, por exemplo, o fato de que é uma enorme incoerência afirmar que violência se combate com violência.

Além disso, esta teoria não se preocupa em respeitar os direitos e garantias fundamentais, nem tampouco a dignidade da pessoa humana, afinal, aqui os fins justificam os meios, de acordo com Maquiavel (1996).

### 3.1.2 Teoria Relativa

Conhecida também como teoria preventiva da pena, é aquela em que a pena assume um papel social mais relevante, na medida em que além de retribuir o mal ao indivíduo, a pena também busca prevenir o cometimento de novos delitos, seja pelo próprio indivíduo, seja pelos demais membros da sociedade.

Para Bitencourt

a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinqüiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinqüir. (2001, p. 121, grifo do autor)

Segundo esta teoria, a função preventiva da pena subdivide-se em duas vertentes, a prevenção geral e a especial, segundo Feuerbach. (*Apud* BITENCOURT, 2001)

Geral porque tem como consequência intimidar todos os cidadãos, impedindo-os de cometer delitos, e especial porque seu efeito intimidativo também é dirigido ao criminoso em particular.

Sobre o conceito de prevenção geral Bitencourt pondera com muito acerto que “Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para

---

<sup>2</sup> Olho por olho, dente por dente.

que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma “coação psicológica” com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.” (2001, p. 123, grifo do autor)

E sobre a prevenção especial arremata que “A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinqüente em particular, objetivando que não volta a delinqüir.” (2001, p.129)

### 3.1.3 Teoria Mista

É a teoria responsável por unificar os conceitos e fins das teorias retribucionistas e prevencionistas da pena. Ela congrega os aspectos relevantes de ambas teorias e cria uma terceira vertente.

Aqui a pena tem como fim retribuir o mal causado pelo delinqüente, mas também prevenir que outros delitos sejam cometidos, tanto pela sociedade em geral, como pelo próprio delinqüente.

Mir Puig resume tal teoria, brilhantemente, na seguinte frase “a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.” (*Apud* BITENCOURT, 2001, p. 142)

## 3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PENA

A função da pena privativa de liberdade sofreu grandes modificações ao longo dos tempos. Atualmente o direito penal não responde aos anseios sociais, eis que não cumpre satisfatoriamente seu ônus de tutelar os bens jurídicos, nem tampouco salvaguardar a ordem social.

Vivemos em uma sociedade marcada pelo aumento brutal da violência. As leis não são respeitadas, e o direito penal passou a ser uma máquina de condenar, tendo a pena funcionado apenas e tão somente para o cumprimento da lei, sem nenhuma ou pelo menos pouquíssima eficácia social.

O direito penal não é um fim em si mesmo, ele está para a sociedade, tem um papel social a cumprir. Por isso a pena não deve ser apenas a consequência lógica do cometimento do ilícito. Não se pune simplesmente por punir.

A reflexão que deve ser feita é se a pena tem cumprido seu mister, se ela tem nos auxiliado na luta contra a violência, se ela tem sido útil.

Não é necessário ser nenhum *expert* para perceber que a pena privativa de liberdade não cumpre seu papel intimidativo, pois do contrário não teríamos tantos delitos.

Ora, a pena corporal não tem conseguido nem mesmo neutralizar os criminosos por algum tempo, eis que mesmo dentro das penitenciárias muitos continuam a comandar ações criminosas.

Não acreditamos que a pena privativa de liberdade deva ser suprimida. É necessário apenas que ela seja repensada e que haja uma reformulação imediata e completa na forma de sua execução. Da forma como ela vem sendo executada, sua extinção seria um mal bem menor.

A manutenção de um apenado é medida deveras custosa para toda a sociedade. O aspecto financeiro seria irrelevante se o preço a pagar fosse único e exclusivamente econômico. Entretanto, estamos pagando um preço muito alto, afinal, não estamos mantendo penitenciárias, mas sim escolas para criminosos.

Precisamos resgatar a função social da pena privativa de liberdade. Medidas concretas precisam ser tomadas para que a pena consiga atingir o fim para qual foi criada.

A ressocialização do apenado precisa ser o foco da gestão penitenciária, porque enquanto isso não acontecer estaremos fadados ao fracasso enquanto sociedade organizada.

O vácuo deixado pelo Estado é ocupado pelo crime. Poder paralelo, forte e organizado que vem ganhando força e agregando cada vez mais adeptos. O Estatuto da facção criminosa PCC – Primeiro Comando da Capital (anexo A) – tem como lema paz, liberdade justiça e igualdade. Traz a luta contra a opressão e por justiça social como bandeira. É o exemplo vivo de que o Estado, por quedar-se inerte, está perdendo espaço para o crime.

Algo precisa ser feito, pois do contrário, em pouco tempo estaremos vivendo sob o poder do crime, e o Estado será uma mera ficção jurídica.

O termo ressocializar é novidade para a sociedade. Alguns desconhecem sua existência, outros o conhecem, mas não compreendem sua importância, há aqueles que o conhecem, entendem sua importância, mas estão acomodados demais para se incomodarem com sua inexistência prática.

Pois bem, fazemos parte daquele grupo de pessoas que o conhece, sabe de sua importância, se incomoda com sua inexistência na *práxis* e luta para que esse conceito passe a fazer parte da vida dos detentos.

Eis a razão de ser do presente trabalho.

Não nos ateremos muito a discussões sobre as teorias e fins da pena, pois isso já foi exaustivamente feito por muitos doutrinadores. O foco de nossa atenção é o lado real da pena, sua execução, seus efeitos na vida dos apenados.

Quando reconhecemos o caráter ressocializador da pena como uma de suas principais finalidades, se não a principal, não agimos como penalistas idealistas, mas apenas reconhecemos uma amarga, porém, real necessidade.

A violência, os altos índices de criminalidade e a falência estatal chegaram a tal ponto que a mera retribuição aos delitos cometidos não basta, pois, a pena adotada com esta finalidade mostra-se cada vez mais incapaz de solucionar tais problemas.

Por isso, a pena precisa ser instrumentalizada, precisa ser uma arma, um mecanismo a favor do Estado para a redução da criminalidade.

A idéia é ótima e plausível, o problema é como concretizá-la. Com isso chegamos a uma conclusão lógica. O cerne de todo o problema da ineficácia da pena privativa de liberdade não está nas teorias ou nas leis, está na vida real, em sua execução, está no sistema, no sistema penitenciário.

Rodrigues, A. (2001, p. 30) aduz, com muita propriedade, que

Falar de luta contra o crime significa, hoje, assinalar uma finalidade ao direito penal, designadamente à pena. Só esta intencionalidade teleológica – que tem na realidade social e na protecção de bens jurídicos

o seu ponto de referência – responde aos problemas de legitimação do direito penal.

Se as garantias dadas aos presos constituem-se em “o grito dos excluídos” contra os abusos estatais, a pena privativa de liberdade tem sido “o grito dos cidadãos” contra a criminalidade.

A pena privativa de liberdade tem funcionado apenas para retirar o indivíduo por um espaço de tempo curto, diga-se de passagem, do seio social e impedi-lo de cometer novos delitos. Assim, sua única função tem sido a de neutralizar o delinqüente por um determinado tempo.

Ocorre que nem mesmo essa função a pena tem atingido, na medida em que mesmo preso, alguns, criminosos ainda conseguem arquitetar e dirigir ações criminosas.

Com isso vemos que uma reformulação do sistema penitenciário é urgente e necessária.

Já que não dispomos de tantos recursos em curto prazo para lutarmos contra o crime, então que pelo menos utilizemos nossas poucas armas com sabedoria e eficiência, para que haja alguma eficácia.

A ressocialização do apenado é uma necessidade social, eis que a única arma eficiente contra a criminalidade.

A sociedade precisa entender e batalhar por isso, sob pena de eivada de um discurso conservador, puritano e cego, ser esmagada pelo poder paralelo, o do crime.

O fato de fomentar a ressocialização do apenado, respeitando seus direitos e garantias fundamentais, não tem como fundamento uma visão paternalista de proteção a criminosos, mas sim, uma visão racional de cidadãos inteligentes, que sabem que um dia o recluso voltará para o seio social.

A pergunta que devemos fazer é: como queremos que ele volte? Uma vez respondida esta pergunta a execução da pena privativa de liberdade poderá ser guiada adequadamente.

Ora, devemos entender que o recluso não é o objeto da execução e sim o sujeito dela e assim deve ser tratado.

Atualmente as prisões exercem um efeito muito negativo sobre os indivíduos, não simplesmente porque são incapazes de ressocializar e funcionem como escola para criminosos, mas sim porque, por via transversa, provocam um efeito contrário ao esperado, não a ressocialização, mas sim a institucionalização (RODRIGUES, A., 2001).

O indivíduo se acostuma com a vida carcerária e passa a depender dela. Acostuma-se a receber ordens e cumpri-las sem entender o porquê. Conseqüentemente perde seu senso de responsabilidade, algo fundamental para que ele possa sobreviver extramuros.

Ele precisa entender por que deve respeitar as normas de conduta, por que não deve delinquir. E esse senso é algo que vem de dentro para fora e que aos poucos vai sendo retirado dentro da prisão.

O convívio prisional é regido por leis próprias, com conseqüências também peculiares.

Os internos acostumam-se a viver sob a égide dessas leis e quando egressos são apenas essas leis que eles preocupam-se em respeitar. Para eles é perfeitamente compreensível que cometam novos delitos, todavia não o é que sejam, por exemplo, deduzidos.

Esse efeito dessocializador é o principal flagelo das penitenciárias e deve ser combatido, seja pela construção de novas penitenciárias, para se evitar a superlotação com a conseqüente convivência insalubre, seja pela capacitação dos servidores públicos e a efetiva punição àqueles que são corruptos, seja pela tomada de medidas que inibam a interferência dos internos no mundo criminoso fora das grades.

A saúde mental e psicológica dos detentos fica consideravelmente prejudicada.

O tempo ocioso faz com que os dias, meses e anos demorem muito mais a passar. A importância de uma ocupação, de um labor é esquecida pelos detentos, que levam uma vida extremamente rotineira e sem perspectivas.

O período de reclusão deveria ensinar justamente o contrário. Deveria incentivar a capacitação profissional, a educação, o trabalho, enfim, deveria fomentar o

senso de responsabilidade. E não simplesmente manter indivíduos privados da liberdade de locomoção no mais insuportável e maléfico ócio.

Não é utópico acreditar que a pena possa ser executada proporcionando ao apenado condições efetivas de voltar ao seio social bem melhor do que antes. Melhorar a execução da pena privativa de liberdade não é algo inatingível, mas apenas ainda não alcançado.

Umhas boas doses de vontade política, de planejamento inteligente sobre o assunto e de efetiva fiscalização do Ministério Público e da Magistratura, já resolveriam uma parte do problema. Os resultados seriam alcançados ao longo dos anos.

### 3.3 SISTEMA PENITENCIÁRIO

Não há como se falar em pena privativa de liberdade sem se falar de sistema penitenciário.

O vocábulo sistema significa “conjunto de princípios reunidos de modo a que formem um corpo de doutrina; combinação de partes coordenadas entre si e que concorrem para um resultado ou para formarem um conjunto;” (PRIBERAM, 2009, p...)

Penitenciário, por sua vez, provém de penitência, e significa “relativo ao sistema de prisões em células separadas.” (PRIBERAM, 2009, p...)

A junção desses vocábulos dá a idéia de um conjunto de instrumentos (princípios, leis, pessoas, prédios, recursos financeiros, etc.) voltado à execução da pena privativa de liberdade com vistas à recuperação do apenado.

O Sistema Penitenciário Brasileiro, segundo a Lei de Execuções Penais, Lei nº. 7.210/84 (BRASIL, 2009, p...), é formado pelos seguintes órgãos:

- Art. 61. São órgãos da execução penal:
- I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;
  - II - o Juízo da Execução;
  - III - o Ministério Público;
  - IV - o Conselho Penitenciário;
  - V - os Departamentos Penitenciários;
  - VI - o Patronato;
  - VII - o Conselho da Comunidade.

Em nosso Estado, o sistema penitenciário é gerenciado pela AGEPEN – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, vinculada à Secretaria de Justiça e Segurança Pública.

Em Campo Grande existem os seguintes estabelecimentos prisionais: Centro de Triagem "Anízio Lima"; Colônia Penal Agrícola de Campo Grande; Estabelecimento Penal Feminino "Irmã Irma Zorzi"; Estabelecimento Penal Feminino de Regime Semi-aberto, Aberto e Assistência à Albergada de Campo Grande; Estabelecimento Penal "Jair Ferreira de Carvalho"; Estabelecimento Penal de Regime Semi-aberto Urbano de Campo Grande; Estabelecimento Penal de Regime Aberto e Casa do Albergado de Campo Grande; Instituto Penal de Campo Grande e Presídio de Trânsito de Campo Grande.

O presente trabalho tem como foco a análise dos estabelecimentos prisionais, mais especificamente das penitenciárias, lugar de execução da pena privativa de liberdade em regime fechado.

A Lei de Execução Penal prevê em seu art. 85 que: “O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.”

Segundo dados do Ministério da Justiça (anexo B), os estabelecimentos prisionais de regime fechado em nosso Estado abrigam 10.045 reclusos, enquanto que o número de vagas é 5.217. Assim, vemos que a superlotação carcerária é uma realidade e vai de encontro ao mandamento legal supracitado.

Acerca da cela para o alojamento do preso, a LEP (BRASIL, 2009, p...) prevê que:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

A existência de cela individual é uma piada. A superpopulação carcerária torna inviável o respeito a esta norma.

Como se vê a Lei de Execuções Penais é frontalmente desrespeitada pelo gestor penitenciário. É perceptível agora por que a execução da pena privativa de liberdade está fadada ao fracasso.

É claro que não podemos imputar a culpa de todos os problemas ao gestor penitenciário, ao Poder Executivo, afinal, o crime é um problema social, que não vai ser resolvido apenas com punição, todavia, a má gestão do sistema penitenciário é um fator determinante para que o sistema vá se afundando cada vez mais e o Estado vá perdendo sua legitimidade para punir.

Se o sistema penitenciário funcionasse corretamente, em conformidade com a LEP e a CF, teríamos um problema a menos para resolver, e com certeza a luta contra a criminalidade ficaria menos árdua, já que os demais problemas seriam facilmente detectados e arduamente combatidos.

No entanto, solucionar os problemas do sistema penitenciário não têm sido o foco das preocupações estatais e sociais. O cidadão tem a sensação de tranquilidade e dever cumprido quando o autor de um delito é preso, mal sabe ele que ao invés de melhorar, a situação *a quo* só piora.

O tempo passa e o indivíduo não entende porque com tantas operações policiais com êxito e tanta voracidade dos juízes ao aplicar as penas, a criminalidade aumenta. Ele acredita e defende que o *quantum* das penas deve ser exasperado e a rigidez no tratamento aos presos elevada, e aí o círculo vicioso recomeça e atinge o seu ápice.

É justamente por uma grande parcela da sociedade e autoridades pensarem dessa maneira que vivenciamos a presente realidade, afinal, se pensamentos e atitudes desse jaez resolvessem, com certeza não estaríamos escrevendo o presente trabalho e travando tal discussão, eis que seria desnecessário.

Fato é que para que tenhamos as mudanças que tanto queremos, primeiro deve haver uma limpeza na cabeça de muitas pessoas para que haja uma reformulação imediata do sistema penitenciário.

O ambiente prisional já é ruim por si só e voltado para adestrar os reclusos, pois, mantê-los sob controle evita muitos problemas. Nesse ambiente os reclusos acostumam-se a simplesmente obedecer as ordens que lhes são dadas, sem entendê-las, o que lhes tira o senso de responsabilidade e a oportunidade de participação. A prisão já é por si só dessocializadora.

É verdade que o quotidiano da vida prisional se rege por regulamentos asperamente limitativos que dificultam e proíbem as mais diversas actividades, subordinados ao objectivo principal << evitar problemas>> e, sobretudo, dominar o recluso. A ênfase na segurança, no prevenir a fuga e no controle regular e contínuo da vida do preso convertem a prisão, em si mesma dessocializadora como <<instituição total>>, num habitat que expõe o recluso a uma grande violência, factor a considerar na dessocialização progressiva do seu comportamento e, portanto, na reconfiguração das atitudes com que procura lidar com a situação.

Por isso devemos trabalhar para amenizarmos esses efeitos negativos, dando sempre a opção de reinserção social aos reclusos, para que aqueles que quiserem aproveitem.

Rodrigues, A. (2001) traçou alguns passos para que a reformulação do sistema penitenciário seja viável e possível. Vejamos.

Em primeiro lugar o Estado deve adotar o seguinte binômio: prisão em casos de extrema necessidade (prisão como exceção) X mudança no quotidiano das prisões.

Primeiro o Estado-Juiz deve aplicar a pena privativa de liberdade apenas quando necessário, seja em respeito aos princípios da proporcionalidade e culpabilidade, seja para evitar a superlotação nas penitenciárias e, conseqüentemente, o aumento do gasto estatal.

Segundo, o Estado-Executivo deve buscar reformular o dia-a-dia prisional, neutralizando o efeito negativo da prisão que, Rodrigues (2001), chama de dessocialização do recluso, fazendo com que a vida na prisão se aproxime cada vez mais à vida em liberdade.

Para a devida punição a um delito, não basta apenas que haja um devido processo legal findado com uma sentença penal condenatória aplicando uma elevada pena. É necessário que a execução desta pena seja feita de forma adequada, de modo a propiciar que a punição cumpra sua função.

A aplicação da pena é o momento mais importante do sistema penal repressivo e, por isso, não deve se esquecer. Não basta uma bela sentença condenatória cominando a pena adequada à reprovação e prevenção do crime. Para que o direito penal se concretiza e cumpra, de fato, sua função, é necessário que a sanção possa ser aplicada adequadamente.

Constatamos facilmente que uma reformulação urgente do sistema penitenciário é necessária, eis que somente assim a pena poderá resgatar sua função social.

## 4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – REALIDADE NAS PENITENCIÁRIAS

Nossa Constituição Federal de 1.988 ficou conhecida como Constituição Cidadã por colocar o indivíduo como centro de todas as preocupações. Isso se deu porque, por longos anos, vivemos em um Estado totalitarista, opressor e antidemocrático, onde a vontade do Governante prevalecia sobre a do particular que, por sua vez, não tinha vez e nem voz.

Por isso, ao sairmos de um regime antidemocrático, nossa sociedade percebeu a necessidade de nos resguardar de futuros déspotas e impedir que a situação ditatorial reinasse entre nós novamente.

Portanto, a CF/88 é classificada, quanto ao seu conteúdo, como formal, eis que ela não contém apenas normas de estrutura, isto é, normas materialmente constitucionais, mas também, normas relativas aos direitos e garantias individuais, incomuns às Constituições. Silva (2002, p. 43) esclarece que

A ampliação do conteúdo da constituição gerou a distinção, já vista, entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal. Segundo a doutrina tradicional, as prescrições das constituições, que não se referiam à estrutura do Estado, à organização dos poderes, seu exercício e aos direitos do homem e respectivas garantias, só são constitucionais em virtude da natureza do documento a que aderem; por isso, diz-se que *são constitucionais apenas do ponto de vista formal*. (grifo do autor)

Daí nasceu a grande preocupação com o ser humano e, conseqüentemente, com o recluso. Pois bem, inúmeros são os princípios e as garantias voltados ao indivíduo em nossa Carga Magna. Entretanto, no presente trabalho, nossa preocupação está voltada apenas àqueles relativos ao preso. Alguns estão explícitos em nossa Carta Magna, outros, porém, são retirados por meio de interpretação sistêmica de nossa Constituição, eis que implícitos.

Ocorre que há também os chamados supraprincípios, isto é, princípios que estão acima do ordenamento jurídico pátrio, inclusive da própria ordem constitucional, que existem por si sós, independentemente de previsão constitucional ou legal, enfim, que norteia o legislador constitucional e infraconstitucional, bem como a atuação dos demais poderes.

Passemos a estudá-los.

#### 4.1 ISONOMIA

Antes de continuarmos nossa reflexão é necessário esboçarmos algumas ponderações sobre o princípio da isonomia, princípio basilar em qualquer Estado Democrático de Direito e norteador da atuação estatal.

Não estamos falando do princípio da igualdade inserto no art. 5º, *caput*, de CF/88 (BRASIL, 2009, p...): “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Mas sim do princípio da isonomia que pode ser definido assim: tratar os iguais com iguais e os desiguais como desiguais, na medida em que se desigalam. (BARBOSA, 2009, p...)

Sabemos que não existe a chamada igualdade material, o que é ignorado pela maioria das pessoas é a inexistência da chamada igualdade formal.

Ora, para que algo efetivamente exista é necessário que saia da abstração das leis e passe efetivamente à vida das pessoas. Entretanto, o que vemos atualmente é que a chamada isonomia (tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida em que se desigalam) ainda encontra muita resistência para ser efetivada, na medida em que certos grupos de pessoas não aceitam como legítima a atuação estatal que tenha por objeto um tratamento diferenciado a certas pessoas que estão em condições de desigualdade em relação às demais.

Ainda há muita resistência às chamadas ações afirmativas. O que as pessoas não enxergam é que antigamente as pessoas eram oprimidas de forma explícita, exemplo disso foi a escravidão, onde o que prendiam as pessoas eram correntes e cadeados.

Todavia, atualmente, tais pessoas continuam em situação de escravidão e opressão, entretanto de forma camuflada, seja pela concentração de riquezas nas mãos de poucos, seja pela existência de um sistema que se autogerencia de forma a manter esta situação eternamente, bem como de discursos defensivos daqueles que são beneficiados por tal situação, que se propagam e são repetidos pelos demais – inclusive pelos oprimidos – de forma a perpetuar esta situação.

As pessoas cedem e aceitam a submissão por necessidade e não por vontade, afinal, é essa a consequência do uso da força – que pode ser entendida não como a força física, mas sim como a força econômica.

Assim, vemos que o poder exercido pelo mais forte continua reinante entre nós, só que agora de uma forma diferente, um pouco mais tênue, mas gerando os mesmos efeitos maléficos e injustos.

E nesse contexto de profunda desigualdade social, o sistema penitenciário tem funcionado apenas como mais um aspecto divisor de classes sociais, na medida em que a maior parte dos detentos pertencem às classes menos abastadas.

Será que somente pobres cometem ilícitos penais? Ou será que nosso sistema penitenciário é seletivo e já tem seus sujeitos previamente escolhidos?

Nas palavras de Rousseau (1987, p. 30) “haverá sempre grande diferença entre subjugar uma multidão e reger uma sociedade”.

O que se vê atualmente não é a gestão de uma grande sociedade, mas sim a submissão de muitos em favor de poucos, e o pior é que tal situação é considerada legítima por estes poucos que a justificam em razão das diferenças existentes entre os seres humanos.

A análise perfunctória de nossa sociedade nos permite concluir, sem hipocrisia, que o princípio da isonomia é letra morta em nossa Carta Magna, já que a própria sociedade ainda resiste a sua aplicação. E o sistema penitenciário é só mais um divisor de classes sociais, gerido por uma minoria para adestrar uma maioria.

## 4.2 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da humanidade é de assaz importância, e deveria ser a bússola da execução da pena privativa de liberdade.

É inerente ao ser humano, logo, não pode ser mitigado em hipótese alguma. Consiste em simplesmente não esquecer que o apenado é pessoa humana e, por isso, continua detentor de todas as garantias e prerrogativas que lhe são próprias.

Em que pese a ausência de previsão legal expressa, irradia seus efeitos em diversos dispositivos normativos, inclusive constitucionais, tais como no art. 5º, XLIX, XLVII, XIX, dentre outros (BRASIL, 2009, p...).

A aceitação de tal princípio não implica em dar um tratamento benéfico ou demasiadamente brando ao apenado, mas sim que não será negada sua natureza humana. Nesse sentido Jescheck (*Apud* LUISI, 1991, p. 35) aduz que

O direito penal não pode se identificar com o direito relativo a assistência social. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve por em relevo a responsabilidade do delinqüente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da Comunidade. E isto não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de premio, o que nos conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade.

No Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (2009, p...) está consignado que em qualquer situação e circunstância o ser humano merece ter sua dignidade respeitada, vejamos:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,  
Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,  
Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão.

E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (*Apud* ZAFFARONI, 2004, p. 821) prevê em seu art. 5, que trata do direito à integridade pessoal, que:

1. Toda a pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

O princípio da humanidade está estreitamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Podemos afirmar, inclusive, que este é mero desdobramento daquele.

Alguns dos sentidos léxicos do vocábulo dignidade são “qualidade de quem ou daquilo que é digno; respeitabilidade; nobreza; honraria; autoridade moral;” (PRIBERAM, 2009, p...)

Alves (2001, p. 110) afirma que “relativamente ao ser humano é de se lhe reconhecer uma DIGNIDADE fixa e constitutiva mesma de seu ser”.

Por sua vez, o vocábulo pessoa significa “ser ou criatura da espécie humana; ser moral ou jurídico; personagem; individualidade;” (PRIBERAM, 2009, p...)

Maritain (*Apud* ALVES, 2001, p. 111) afirma

que o homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual na natureza, como um átomo [...] É assim de algum modo um todo, e não somente uma parte, é em si mesmo um universo, um microcosmo, no qual o grande universo pode ser contido por inteiro graças ao conhecimento, e pelo amor pode dar-se livremente a seres que são como outras tantas encarnações de si próprio. [...] Asseverar que o homem é pessoa, quer dizer que no fundo do seu ser ele é um todo mais do que uma parte, e mais independente que servo.

O entendimento dos significados dos vocábulos dignidade e pessoa é fundamental para que possamos compreender a dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, quão importante o é, e quão inafastável é sua incidência, eis que inerente ao próprio conceito de ser humano.

O mais importante princípio de nosso ordenamento jurídico, pilar de qualquer organização social, aliás, inerente ao próprio conceito de sociedade, pois permite que a vida em sociedade seja realizável e que esta atenda aos seus fins, uma vez que a sociedade não é um fim em si mesma.

Andrade (*Apud* ALVES, 2001, p. 132) assevera que tal princípio deve ser entendido

como o princípio fundamental que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. [...] E esse princípio há de ser interpretado como referido a cada pessoa [individual], a todas as pessoas sem discriminações [universal] e a cada homem como ser autônomo [livre]. [...] o princípio

da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados.

Tal princípio irradia seus efeitos por toda a Constituição Federal, bem como todo o ordenamento jurídico.

No que tange à execução penal, temos um preceito constitucional que é jungido sob o manto desse princípio: “Art. 5º (...), III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante” (BRASIL, 2009, p...)

Não podemos olvidar que referido princípio constitui-se em verdadeiro dogma jurídico, uma vez que foi elevado por nossa Carta Magna a fundamento da Republica Federativa do Brasil.

Assim, toda a atuação estatal, seja em qualquer esfera de poder, deve observar e, mais que isso, tornar efetivo, tal princípio.

O texto da Lei de Execução Penal, embora preceda nossa Constituição Federal, regula a execução penal com observância de tal princípio. Inúmeros são os dispositivos da LEP que visam garantir ao apenado um tratamento digno e condizente com sua natureza humana.

O art. 11 da LEP tem o seguinte teor: “Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III -jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.” (BRASIL, 2009, p...)

Fornecer assistência material significa que ao preso/egresso devem ser fornecidos todos os recursos materiais necessários para a sua subsistência e recuperação. Poderíamos elencar, vestuário, alimentação, trabalho, etc. Não precisamos nos desdobrar muito para descobrirmos o que seria a chamada assistência material, pois, a própria LEP trouxe seu significado, ao dispor que: “Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.” (BRASIL, 2009, p...)

Saúde é um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, privar alguém de uma assistência médica adequada seria negar a esta pessoa a própria natureza humana. O art. 14 da LEP reza que: “A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.”

A assistência jurídica gratuita é direito constitucionalmente garantido a todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, inclusive aos detentos, nos termos do art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88. (BRASIL, 2009, p...)

Em nosso sistema prisional a assistência jurídica é prestada pela Defensoria Pública Estadual que designa um Defensor Público para prestar uma assistência exclusiva aos presídios.

Todavia, não é nenhuma novidade que a demanda é muito grande e impede que a assistência jurídica seja prestada de forma célere e efetiva.

Acerca da educação Pitágoras (2009, p...) já dizia, há 2.500 anos: “Eduquem as crianças de hoje e não será preciso castigar os homens de amanhã”. Talvez a causa de tanta violência e criminalidade seja justamente a falta de educação de crianças e jovens.

Beccaria (2004, p. 142) nos alertou que: “Finalmente, o meio mais seguro, porém mais difícil, de prevenir os crimes é o aperfeiçoamento da educação”.

Educação é o único caminho para que tenhamos uma sociedade melhor, deveria ser o foco de todas as políticas públicas existentes, talvez não o seja porque investir em educação é um investimento em longo prazo, seus resultados são duradouros, mas demoram muito para começarem a aparecer.

Há a necessidade de se prestar ao preso a assistência social. Tal assistência não deve ser voltada apenas ao preso/egresso como também a família, célula *mater* da sociedade. Tão desestruturada e desvalorizada atualmente. Com certeza isso também é uma das causas do caos que nossa sociedade enfrenta. De nada adianta o preso receber toda a assistência dentro da cadeia se quando de lá sair ser jogado na mesma vida que tinha antes de ser preso. É necessário que ele encontre outras opções, que tenha a chance de fazer uma escolha.

A assistência religiosa também é fundamental. Muito embora nossa Constituição Federal tenha declarado que nosso Estado é laico, não deixou de ressaltar que acredita em Deus, pois se assim não o fosse, não teríamos em nosso Preâmbulo a menção a Deus. Assim, se todos têm o direito de escolher que religião seguir, o Estado não pode privar o preso de praticar a religião escolhida.

Mais que um mero exercício de um direito, a assistência religiosa representa uma forte aliada a ressocialização do apenado, vez que aprendendo e praticando os ensinamentos religiosos – seja a religião qual for – ele estará vivendo e praticando o bem e se distanciando cada vez mais do mundo do crime.

#### 4.3 INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

O art. 5º, XLV da CF/88 (BRASIL, 2009, p...) dispõe que

“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

E o art. 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (*Apud* ZAFFARONI, 2004, p. 821) dispõe que “A pena não pode passar da pessoa do delinqüente”.

O que significa dizer que somente o condenado, por um juiz competente e após o devido processo legal, é que pode ser penalizado, não podendo a punição estender-se a outrem.

Entretanto, é bem verdade que muito embora a pena em si não possa ser estendida a outrem, seus efeitos maléficis o são, afinal, a família do apenado também sofre as conseqüências advindas da punição, por exemplo, por ter que se submeter às regras impostas pelo Sistema Penitenciário para a visitação.

Já que indiretamente a família acaba sendo atingida pela pena, eis que alguns malefícios são inevitáveis já que inerentes a própria natureza da pena, deve-se buscar minimizar tais efeitos e buscar agredir o menos possível terceiros não envolvidos na relação processual.

#### 4.4 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena é um dos mais importantes princípios da execução penal e tem previsão no inciso XLVI, do art. 5º, da CF/88 (BRASIL, 2009, p...): “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...)”.

Tal princípio deveria ser o gestor de toda a execução penal, pois aqui há o reconhecimento da natureza complexa do ser humano, e de que não existem seres humanos iguais, bem como não há se falar em crimes iguais, já que todos são diferentes, seja na forma de execução como nos motivos do delito, por exemplo.

Por isso esse princípio exige que cada caso seja tratado com exclusividade, merecendo o apenado um tratamento diferenciado e exclusivo, a fim de que a pena represente para ele a efetiva punição pelo delito cometido e a oportunidade de não mais delinquir.

Hungria (*Apud* LUISI, 1991, p. 37) nos ensina que dar concretude a este princípio significa “Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

O princípio da individualização da pena traz como consequência básica o fato de que, quando da execução da pena privativa de liberdade, os apenados devem receber um tratamento diferenciado, de acordo com a natureza do delito cometido, do sexo e idade do apenado, dentre outros critérios.

Nossa Carga Magna, em seu inciso XLVIII, traz expressamente que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 2009, p...).

E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (*Apud* ZAFFARONI, 2004, p. 821), em seu art. 5 dispõe expressamente que “Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, a ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”.

A Lei de Execução Penal, lei nº. 7.210/84, em respeito à norma constitucional, em seu art. 5º reza que “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (BRASIL, 2009, p....)

Nenhum outro dispositivo constitucional é tão desrespeitado quanto este. A atual realidade vai de encontro ao que diz nossa Lei Maior, na medida em que na execução das penas o único critério diferenciador que é respeitado é o gênero<sup>3</sup>.

A idade do apenado e a natureza do delito em nada interferem na execução das penas, todos são jogados no sistema penitenciário sem a observância de nenhum critério seletivo. Nossa Constituição tornou-se letra morta e o princípio da individualização da pena uma ficção jurídica.

A falta de recursos financeiros não serve como justificativa para a falta de investimento nessa área, pois se não há recursos destinados a essa área é porque não há planejamento, e se não há planejamento é porque não há interesse de nossos governantes. Infelizmente o sistema penitenciário ainda é encarado como um gasto desnecessário para os cofres públicos e não como um custo que a sociedade tem que pagar, caso queira sair da situação caótica em que vive.

#### 4.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

Nossa Constituição Federal, em seu art. 5º prevê que: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Este é o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade que norteia nosso sistema penal e faz com que o ônus da prova seja sempre da parte acusatória. Traz também como consequência a excepcionalidade da prisão provisória.

Temos o dever de ressaltar que há muitas pessoas que se encontram presas preventivamente, isto é, sem uma sentença penal condenatória, o que faz com que a prisão deixe de ser preventiva e passe a ser uma verdadeira execução de pena. Atualmente, segundo dados do Ministério da Justiça (anexo B) são 2.597 presos provisórios. Mas não adentraremos em tal discussão, eis que se afasta do objetivo proposto na presente pesquisa.

O gestor penitenciário deve ter consciência que, em sendo caso de prisão provisória, deve haver um estabelecimento próprio para abrigar tais detentos.

---

<sup>3</sup> Ainda que com exceções terríveis, como o caso da jovem que recentemente foi posta em uma cela de Delegacia com homens.

Em pesquisa de campo, constatamos que em nossa Capital há, em tese, um estabelecimento prisional destinado somente a presos provisórios, o PTRAN – Presídio de Trânsito. Todavia, em razão do grande número de presos, não é possível para a AGEPEN, manter este critério de organização. Atualmente o PTRAN tem servido para abrigar presos de menor periculosidade, condenados ou não.

#### 4.6 INTERVENÇÃO MÍNIMA E CARÁTER FRAGMENTÁRIO DA SANÇÃO PENAL

O princípio da legalidade penal inserto no art. 5º, inciso II, da CF/88 (2009, p...) e no art. 1º, do CP (2009, p...) é insuficiente para proteger os cidadãos de eventuais desvios do legislador. Isso por que, atendendo a este princípio, podem ser criadas normas penais incriminadoras infundadas, desnecessárias e desprovidas de justa causa.

Em face disso, surge um princípio limitador ao poder punitivo do Estado, o da intervenção mínima, que tem como escopo restringir a atuação dos poderes constituídos (legislativo e judiciário) a casos que, em *ultima ratio*, exijam a resposta estatal.

Luisi (1991, p. 25) nos ensina que

Punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima. (Grifo nosso)

Como conseqüência, o poder legiferante só pode criminalizar condutas quando imprescindíveis para a ordem social. E o poder julgador só pode intervir, aplicando a pena, quando necessário para a tutela de bens jurídicos de maior importância.

O direito penal tem um caráter eminentemente residual. A pena privativa de liberdade só será aplicada em último caso, quando não houver outra forma de punição.

Não há previsão expressa de tal princípio no ordenamento jurídico pátrio, mas sua natureza é inerente ao próprio Estado de Direito, e conseqüência lógica da garantia de inviolabilidade da liberdade (art. 5º, caput, da CF) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CF). Sobre o tema Luisi (1991, P. 260) enfatiza que

A Constituição vigente no Brasil diz ser invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º caput), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º, do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, tratando-se, portanto, de um postulado nela inequivocamente implícito.

Tal princípio, de cunho interpretativo, ainda não foi positivado em nosso ordenamento jurídico e não é muito aplicado por nossos julgadores. Alguns ainda resistem à idéia de um direito penal mínimo, acreditando que a prisão é capaz de controlar a ordem social e tutelar bens jurídicos, por vezes, ofendidos.

Esta postura retrógrada e conservadora fomenta a superlotação carcerária. A prisão deve ser vista como exceção e não como regra.

#### 4.7 CONSEQUÊNCIAS AO ESTADO PELA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Os dispositivos constitucionais supratranscritos são verdadeiras garantias ao indivíduo/preso e por isso deveres do Estado, pois se de um lado há os direitos públicos subjetivos do réu, de outro há o dever estatal de trabalhar incansavelmente para que tais garantias saiam da abstração das normas e passem efetivamente à vida dos presos.

O Estado passou a ser um garante dos direitos individuais e porque não dizer dos direitos dos presos.

Dessa forma, o ponto controvertido é o seguinte: Se o Estado não cumpre com o seu papel, se não trabalha para fazer com que tais garantias sejam concretizadas, qual será a consequência?

A resposta correta a esta indagação seria sem sombras de dúvidas que o Estado deveria ser responsabilizado civilmente por isso, pois esta é a única forma de, se não obrigá-lo a fazer, a pelo menos fazê-lo sentir as consequências de sua omissão.

Ora, a ausência de conseqüências é que perpetua esta situação, afinal, o Estado é omissivo e simplesmente não responde por sua omissão. É como se estivesse agindo legal e corretamente.

Infelizmente nosso Egrégio Tribunal de Justiça ainda não se rendeu a tal raciocínio, mantendo um posicionamento retrógrado e alheio à atual realidade. Senão vejamos alguns julgados:

APELAÇÃO - REPARAÇÃO POR DANO MORAL - PRELIMINARES DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E PERDA DO OBJETO AFASTADAS - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - ATO OMISSIVO DO ESTADO EM GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO - RESPONSABILIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - RAZOABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. (Apelação civil nº. 2005.017074-2, Relator Des. Dr. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 29.8.2006)

APELAÇÃO - REPARAÇÃO POR DANO MORAL - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - ATO OMISSIVO DO ESTADO EM GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO - RESPONSABILIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - RAZOABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. (Apelação Civil nº 2005.014276-7, Relator: Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 29.8.2006)

APELAÇÃO - REPARAÇÃO POR DANO MORAL - PRELIMINARES DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E PERDA DO OBJETO AFASTADAS - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - ATO OMISSIVO DO ESTADO EM GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO - RESPONSABILIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - RAZOABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. 2005.016683-9, Relator: Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 29.8.2006)

Entretanto nem tudo está perdido, pois, mesmo em nosso Tribunal há precedentes de um pensamento inovador e preocupado com a solução dos problemas carcerários, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRESIDÁRIO - CONDIÇÕES SUBUMANAS CARCERÁRIA - OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL - DANO MORAL CARACTERIZADO - RESPONSABILIDADE

OBJETIVA DO ESTADO - DESNECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DA CULPA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. **O Estado tem o dever de zelar pela vida digna do preso - artigo 5º, inciso XLIX, da CF, garantindo-lhe a integridade física e moral. O dano moral está devidamente configurado, pois houve violação dos direitos e garantias fundamentais do preso uma vez que se encontram em condições precárias, insalubres e subumanas nas Cadeias Públicas. Resta caracterizada a responsabilidade objetiva do ente público quando se omite, de forma a permitir que o encarcerado viva em condições subumanas, sendo obrigado a pagar a devida indenização pelos danos causados ao interno.** Recurso provido. (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2006.008287-3, Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 19.6.2006, grifo nosso)

Podemos afirmar sem medo de errar que todos os problemas que atualmente nosso sistema penitenciário enfrenta seriam resolvidos se nossa Lei Maior fosse observada. Há muito caminho a ser percorrido para que as garantias constitucionais voltadas aos presos sejam verdadeiramente efetivadas.

A luta é árdua e o caminho é longo, mas vale a pena e merece ser trilhado, em respeito às normas, ao Direito, à essência da Justiça, mas especialmente, em respeito ao ser humano, que merece crédito, que merece um voto de confiança, que tem condições de ser melhor do que é, de progredir, e de mostrar por que é considerado racional e o mais inteligente dos seres vivos.

## **5 SUGESTÕES PARA SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO SUL-MATO-GROSSENSE.**

Sem a pretensão de resolver o caos que assola o sistema prisional de nosso Estado, este capítulo apresenta algumas medidas que podem nos auxiliar na reformulação e aprimoramento do sistema. Algumas dessas sugestões dependem de medidas que fogem a nossa alçada, entretanto, ainda assim merecem ser discutidas, para que sirvam apenas como precedente e chamem a atenção de quem, de fato, pode mudar algo.

### **5.1 POR QUE NÃO PRIVATIZAR?**

Em razão dos graves problemas que o sistema penitenciário brasileiro enfrenta, muitas pessoas apresentam pseudo-soluções. Uma das mais comuns soluções, apontadas por alguns, é a privatização do sistema penitenciário.

Privatizar significa transferir um serviço ou uma atividade pública para o setor privado. Rodrigues, G. (1995, p. 24) arremata que “A privatização é a entrega ao particular de encargo público, que o explorará economicamente.”

A privatização é instituto eminentemente capitalista. É comumente defendida em países que adotam uma política liberal. Como instituto capitalista que é por excelência, não visa outro objetivo senão o lucro.

O particular não tem nenhum outro interesse em prestar qualquer serviço que não o lucro. E é justamente por isso que tal instituto é totalmente incompatível com o sistema penitenciário.

O Estado é detentor exclusivo do *jus puniendi*. Age com o poder que foi delegado pelo povo. Sabe-se que toda atividade estatal é voltada para atingir o fim precípua para o qual o Estado foi criado, qual seja, o bem comum. E com a pena não seria diferente. O direito penal é forma de controle social. A pena visa atender interesses sociais, de prevenção do delito, recuperação do apenado, entre outros.

Não se pode conceber que um particular exerça este múnus público, visando atender os mesmos objetivos estatais. Porque, de fato, este não é seu objetivo.

Rodrigues, G. (1995, p. 28) exemplifica uma consequência nefasta da privatização da segurança pública, vejamos:

E a segurança é privada não só porque quem a presta é particular mas, também é privada pois só protege os que a remuneram. Esse efeito é por demais perverso pois condena todos os cidadãos menos aquinhoados, que já pagam seus impostos, ao mundo de violência e impunidade. Pior quando são os próprios funcionários do Estado que prestam a segurança privada, pois ficam comprometidos com os que o remuneram e com certeza não reprimirão os crimes que eventualmente cometam.

Um dos argumentos mais recorrentes para sustentar a tese da privatização é a experiência, algumas vezes, benéfica de outros países. Muitos ressaltam o bom funcionamento do sistema prisional de países como Estados Unidos, Austrália, dentre outros, onde quem os dirige é a iniciativa privada.

O que tais pessoas não se atentam é que estamos no Brasil, e nossa realidade é assaz diferente daqueles países. Não podemos simplesmente importar soluções sem ao menos questionarmos sua adequação à nossa realidade.

O que precisamos entender é que o fracasso de nosso sistema penitenciário não se deve ao fato de adotarmos políticas prisionais ou formas de execução de pena erradas, mas sim porque não conseguimos implementá-las corretamente. O erro está na forma e não no conteúdo.

Se acaso implantássemos o sistema prisional privado em nosso país, ele estaria fatalmente fadado ao fracasso, isso porque a corrupção e a falta de interesse político que assola o Poder Público não pouparia o Setor Privado.

Não se trata de transferir a gestão do sistema penitenciário ao particular, mas sim fazer com que a gestão pública funcione e seja eficaz.

Muitos não querem fazer a escolha certa e eficaz, mas sim a menos trabalhosa e que mais os desonere de responsabilidade. Daí o constante aumento de defensores da privatização.

De mais a mais delegar o gerenciamento do sistema penitenciário a particular seria delegar o indelegável. O sistema penitenciário é considerado um serviço público

próprio, logo, é dotado de patente indelegabilidade, na medida em que, nas palavras de Meireles (2005, p. 238), serviços próprios

são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares.

Se não fosse suficiente tal vedação, há óbices de ordem legal, constitucional e moral que vão de encontro à privatização do sistema penitenciário. Todos os princípios constitucionais elencados no capítulo anterior impedem a aplicação de tal instituto em nosso país.

Nesse sentido Rodrigues, G. (1995, p. 32) arremata que

A execução penal é considerada como exercício de jurisdição e não é passível de delegação, segundo o que se depreende do sistema constitucional pátrio. [...] Ademais existem argumentos de ordem ética e de política criminal que não podem ser olvidados. Admitir que um particular lucre com a privatização de liberdade de outrem é o mesmo que renegar todo o legado dos ideais iluministas e libertários do século XVIII.

Acreditar que os problemas do sistema penitenciário serão resolvidos com a privatização é utópico. A discussão acerca do problema não é simplista assim. A nossa sociedade como um todo está em crise e o sistema carcerário é apenas mais uma vertente.

A falta de compromisso do Poder Público, a corrupção em todas as esferas de poder, bem como na própria comunidade como um todo, os altos índices de evasão escolar, analfabetismo e de violência urbana e a grande desigualdade social são apenas alguns dos problemas que vivenciamos e que indubitavelmente refletem no constante aumento da população carcerária.

Não podemos nos reduzir a soluções simplistas e imediatistas que escondem a raiz do problema. Se o problema é endêmico e foi concebido ao longo dos anos, uma solução endêmica e que apresente resultados a longo prazo também deve ser tomada, pena de nos afundarmos cada vez mais.

Um outro aspecto que merece relevo é o fato de que o objetivo da privatização vai de encontro com o objetivo do sistema penitenciário. Este pretende, em última análise, reduzir a criminalidade, aquele obter lucro.

Tais objetivos são diametralmente opostos e não conseguem conviver em harmonia.

Vejamos. Se o interesse do particular ao gerenciar o sistema penitenciário é lucrar, por que ele iria trabalhar para reduzir a criminalidade, se é justamente o aumento desta que aumenta o seu lucro?

Ora, por que ele iria em sentido contrario ao seu próprio interesse?

Certamente que nas mãos dos particulares o sistema carcerário iria ficar bem pior do que está, eis que vulnerável aos interesses econômicos.

Com a privatização ele seria apenas mais um instrumento responsável por fomentar a desigualdade social, e aumentar cada vez mais o abismo existente entre ricos e pobres, já que uma vez atendidos os interesses econômicos do particular/gestor, tudo o mais seria mitigado, inclusive interesses sociais, interesses públicos.

## 5.2 CONSELHO PENITENCIÁRIO

A LEP criou três conselhos, a saber: O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Conselho Penitenciário e o Conselho da Comunidade.

Tais institutos são de uma importância impar para a sociedade, eis que se trata de forma de controle social. É a forma que os cidadãos têm de fiscalizar a atuação estatal e opinar para o melhor gerenciamento do sistema.

Ocorre que para que tal ferramenta realmente funcione, mister se faz que tais conselhos deixem de ser meramente consultivos e passem a ser deliberativos, aos moldes do Conselho Nacional de Saúde.

A ausência desta atribuição faz com que o Conselho seja uma mera ficção jurídica sem nenhuma ou pouquíssima eficácia social. Suas propostas não têm nenhum poder vinculante, tornando inexistente o controle social.

A diferença é que o Conselho deliberativo tem poder decisório, na medida em que tem poder de veto.

Os verbos descritos no art. 68, da LEP demonstram que a atribuição do Conselho Nacional é: propor, contribuir, promover, estimular, estabelecer, elaborar, inspecionar e representar. (fazer citação)

Os verbos deveriam ser decidir, aprovar, deliberar, determinar, dentre outros que conferissem ao Conselho poder decisório. Somente assim, eles terão mais autonomia e a fiscalização social realmente será efetiva.

A importância deste conselho reside no fato de que a sociedade pode e deve acompanhar a realidade do sistema penitenciário, trabalhar para sua mudança e solução de seus problemas.

A sociedade precisa tomar parte neste trabalho e desempenhar seu papel, contribuindo ativamente para a solução dos problemas.

As contas públicas devem ser passadas sob o crivo do Conselho para serem aprovadas.

Tal proposta não é infundada. No plano da saúde há os conselhos nacional, estadual e municipal de saúde.

O Conselho Penitenciário, órgão de âmbito estadual, tem as seguintes atribuições, previstas no art. 70 da LEP (BRASIL, 2009, p...):

- I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso;
- II - inspecionar os estabelecimentos e serviços penais;
- III - apresentar, no 1º (primeiro) trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior;
- IV - supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos.

Em nosso Estado ele foi criado pelo Decreto-Lei n.º 40, de 4 de janeiro de 1.979.

A LEP foi expressa ao dizer que ele é órgão meramente consultivo

O conselho penitenciário deve sair do plano de propor e passar a aprovar as contas do Poder Executivo relacionadas à segurança pública, trabalhando em parceria com o Tribunal de Contas, determinar as mudanças necessárias para a melhoria do sistema penitenciário e aprovar as políticas públicas destinadas ao sistema penitenciário.

### 5.3 CRIAÇÃO DE UM PERCENTUAL MÍNIMO NO ORÇAMENTO DOS ENTES FEDERATIVOS PARA INVESTIMENTO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Um outro aspecto que merece atenção é a fixação de um percentual mínimo no orçamento dos entes federativos, de cunho obrigatório, para ser investido no sistema penitenciário.

Sabemos que tal previsão depende de uma emenda constitucional.

Nossa proposta consiste na previsão constitucional do que a União, Estados e, porque não, Municípios, devam destinar determinado percentual de suas receitas para ser investido na segurança pública, especificamente no sistema penitenciário.

Na saúde há a PEC – Proposta de Emenda à Constituição nº 29 com tal previsão.

A questão penitenciária é tão relevante quanto a saúde, por isso merece o mesmo tratamento e preocupação.

Com certeza isso não resolveria todos os problemas, mas ao menos obrigaria nossos gestores a pensarem soluções para a questão penitenciária, fazendo uma boa gestão dos gastos, investindo no que é importante, e principalmente investiriam além do necessário para a mera manutenção do sistema, preocupados com seus reflexos sociais.

### 5.4 FUNDO PENITENCIÁRIO ESTADUAL

Há, atualmente, o fundo penitenciário nacional, que foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. O FUNPEN encontra regulamentação no Decreto nº 1.093, de 3 de março de 1994.

Nossa Lei Maior estabeleceu, implicitamente, que a gestão do Sistema Penitenciário é dever dos Estados. Assim, o mais correto seria a existência do fundo penitenciário estadual, alimentado com repasse obrigatório da união, dotações orçamentárias da União, do próprio Estado, percentagens em custas judiciais recolhidas em favor do Estado, arrecadação dos concursos de prognósticos, recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor do Estado, percentagens em multas

decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado e em fianças quebradas ou perdidas. (BRASIL, 2009, p...)

Muitas seriam as vantagens da criação deste fundo, dentre as quais, podemos destacar a melhor gestão do dinheiro arrecadado, já que a atribuição para a gestão do sistema prisional é do Estado. Com um recurso financeiro a mais, além da receita estatal e com a obrigatoriedade de investir todo o valor arrecadado no sistema penitenciário, mais investimentos seriam possíveis, tais como, construções de novas penitenciárias, aperfeiçoamento das já existentes, dentre outros.

E o melhor, é que o custeamento indireto desoneraria um pouco a sociedade. Uma vez que o dinheiro que deve compor o fundo saí de qualquer forma do bolso do cidadão, ele apenas seria destinado a uma outra finalidade.

## 5.5 VALORIZAÇÃO DO SERVIDOR PENITENCIÁRIO

Uma figura importante na execução penal e, muitas vezes, esquecida é servidor público que presta serviços ao Sistema Penitenciário. Além dos presos, os servidores penitenciários são as pessoas mais importantes em uma prisão.

Segundo o texto do Manual para Servidores Penitenciários do Ministério da Justiça, o papel dos servidores penitenciários consiste em:

- Tratar as pessoas presas de modo digno, humano e justo;
- Assegurar que todas as pessoas presas estejam seguras;
- Certificar-se de que os presos perigosos não escapem;
- Certificar-se de que haja boa ordem e controle nas prisões;
- Proporcionar aos presidiários a oportunidade de usar o tempo na prisão de modo positivo, a fim de que possam se reintegrar à sociedade quando forem soltos. (MANUAL PARA SERVIDORES PENITENCIÁRIOS, 2002, p. 22)

No entanto, os servidores penitenciários não possuem apenas deveres e obrigações. Para que possam bem desempenhar seu mister, necessitam que seus direitos sejam efetivados. Assim como os presos, os agentes penitenciários são seres humanos e necessitam de um cuidado especial, pois a atividade que desempenham não é nada agradável, nem tampouco, fácil.

É justamente por meio dos servidores penitenciários que o Estado age. É por meio destas pessoas que o Estado, se quiser, poderá executar a pena privativa de liberdade de forma a proporcionar ao recluso a reinserção social.

Mais que muros, celas e prisões, a execução da pena corporal necessita de pessoas, e pessoas capacitadas.

De acordo com o texto do Manual para Servidores Penitenciários do Ministério da Justiça (2002), os servidores penitenciários devem ter a integridade pessoal respeitada e para isso algumas medidas precisam ser tomadas pelo gestor penitenciários, dentre as quais, selecionar pessoas que tenham o perfil adequado, educar a sociedade sobre o funcionamento de uma prisão e a importância do servidor penitenciário, investir em capacitação contínua do servidor penitenciário, proporcionar ao servidor penitenciário boas condições de trabalho, adequar o nível de remuneração do servidor penitenciário à natureza e complexidade do trabalho que executa, e muitas outras que forem pertinentes e aptas a proporcionar ao servidor penitenciário condições dignas de trabalho.

A remuneração é um dos fatores mais importantes para a valorização do servidor penitenciário, conseqüentemente, a baixa remuneração tem sido fator de desvalorização e descaso ao servidor.

O texto do Manual para Servidores Penitenciários do Ministério da Justiça (2002, p. 39) nos ensina que “o *status* de uma profissão se mede pelo nível de remuneração que ela atrai”. Por isso, muitas vezes, bons profissionais e com perfil adequado não buscam o setor penitenciário para exercerem suas funções. Em contrapartida essas vagas são ocupadas por pessoas desempregadas e desesperadas, mas sem o perfil adequado.

O serviço penitenciário já importante por ser um serviço público. E, segundo o Ministério da Justiça, é um dos serviços públicos mais complexos. Portanto, a remuneração dada aos servidores deve levar em conta este alto grau de complexidade. (2002)

Com uma remuneração adequada, os servidores penitenciários ficarão menos vulneráveis à corrupção.

Não é demais repetir que as propostas por ora apresentadas são meras sugestões. O tema não está aqui esgotado, nem tampouco tais sugestões constituem-se em verdadeiras e únicas soluções para os problemas enfrentados por nosso sistema

penitenciário. Na verdade, o primeiro passo foi dado e, agora, espera-se que a sociedade organizada e o Estado comprometam-se com a questão penitenciária.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal é forma de controle social e tem um importante papel a cumprir em nossa sociedade. No entanto, atualmente, esta ciência não consegue atingir seu objetivo de pacificação social, eis que seu principal instrumento – a pena privativa de liberdade – não está sendo utilizado corretamente.

O Estado esqueceu-se que a pena corporal não é um fim em si mesma, ela existe por e para algo. E é justamente a finalidade da pena corporal que precisa ser resgatada. Não se pune simplesmente por punir. Pune-se para evitar o cometimento de outros delitos, mas pune-se, principalmente, para que o apenado não volte a delinquir e se reintegre no seio social sem nenhuma dívida, regenerado e pronto para respeitar as normas de conduta.

As garantias voltadas ao preso não são “direitos humanos para bandidos”. Elas retratam a sociedade que construímos, digo, que queremos construir. Uma sociedade que reconhece e respeita o valor de um ser humano pelos simples fato de ser humano, que não sonega condições dignas de vida aos indivíduos, que trata todos os cidadãos de forma igualitária e que, acima de tudo, aceita a falibilidade humana.

Precisamos entender que a melhoria do sistema carcerário é de interesse de todos. O apenado, indubitavelmente, voltará para o seio social, logo, temos que escolher como queremos que ele volte.

O sistema penitenciário é só mais uma conseqüência da profunda desigualdade social que assola nossa sociedade. Não apenas porque a população carcerária é formada, em sua grande maioria, por indivíduos pertencentes às classes mais baixas, mas também porque a forma como tal sistema funciona apenas fomenta a pobreza, a exclusão e a conseqüente divisão de classes. O mau funcionamento do sistema penitenciário está intimamente ligado ao constante aumento da violência.

Assim, é fácil concluir que uma reformulação de nosso sistema penitenciário é medida imperativa, a uma, porque nossa Carta Magna merece ser respeitada, a duas, porque aos apenados não podem ser sonegados os direitos inerentes ao ser humano, fazendo, eles, jus a um tratamento digno e, a três, porque o abandono do sistema

penitenciário fomenta a criminalidade, na medida em que o espaço deixado pelo Estado é ocupado pelo crime organizado, tendo a sociedade sofrido as nefastas conseqüências.

A destinação de recursos ao sistema carcerário, a capacitação e valorização do servidor penitenciário e o comprometimento do gestor penitenciário com o bom funcionamento dos estabelecimentos prisionais, são medidas simples e imprescindíveis para a melhoria do sistema penitenciário.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar; 2001.
- BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. **Artigo on line**. Disponível em [www.culturabrasil.pro.br](http://www.culturabrasil.pro.br) ; Acesso em 10 mai. 2009.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**; SABINO JÚNIOR, Vicente (trad). São Paulo: CD, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. PRESIDENCIA. **Portal on line**. Disponível em [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br) : Acesso em 12 jan. 2009.
- BRASIL. Lei de Execução Penal nº. 7.210, de 11 de julho de 1.984. PRESIDENCIA. **Portal on line**. Disponível em [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br): Acesso em 21 dez. 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.
- MANUAL PARA SERVIDORES PENITENCIÁRIOS. **Administração Penitenciária: Uma Abordagem de Direitos Humanos**. Andrew Coyle; Londres: International Centre For Prison Studies, 2002.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. 2005.016683-9, Relator: Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 29.8.2006. **JURISPRUDÊNCIA on line**. Disponível em [www.tjms.jus.br](http://www.tjms.jus.br).
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2006.008287-3, Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 19.6.2006. **JURISPRUDÊNCIA on line**. Disponível em [www.tjms.jus.br](http://www.tjms.jus.br).
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**; GOLDWASSER, Maria Júlia (trad.). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**; MOTA, Pedro Vieira (trad.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal Dos Direitos Humanos. **Texto on line**. Disponível em [www.onu-brasil.org.br](http://www.onu-brasil.org.br) : Acesso em 17 mai. 2009.
- PITÁGORAS. Frases de Pitágoras. **Texto on line**. Disponível em [www.frases.netsaber.com.br](http://www.frases.netsaber.com.br) : Acesso em 28 abr. 2009.

PRIBERAM. Dicionário de Língua Portuguesa. **Dicionário on line**. Disponível em [www.priberam.pt/DLPO](http://www.priberam.pt/DLPO) : Acesso em 9 abr. 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

RODRIGUES, Geiza de Assis. Privatização das prisões: um debate necessário. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de (Org.). **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**; MACHADO, Lourdes Santos (trad.). 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.