

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 703

(Ano VIII)

(19/9/2016)

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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



19/09/2016 Eduardo Luiz Santos Cabette
» [Para o STJ injúria é crime de racismo. Será?](#)

ARTIGOS

19/09/2016 Adalberto de Oliveira Cordeiro Júnior
» [O processo de impeachment e a não aplicação da pena de inabilitação para exercício de função pública: inconstitucionalidade?](#)

19/09/2016 Wanderson Luiz Gomes Soares
» [Aspectos relevantes da gestão de pessoas na administração de uma empresa](#)

19/09/2016 Thiago Carvalho Martins
» [Os erros sobre o tipo e o estar proibido e um possível erro sui generis](#)

19/09/2016 Tadeu Trancoso de Souza
» [A ilegalidade da prisão preventiva decretada com supedâneo na garantia da ordem pública em decorrência do clamor social](#)

19/09/2016 Samuel Rigueira de Castro Coutinho
» [A objetivação do controle difuso e a subjetivação do controle concentrado de constitucionalidade](#)

19/09/2016 Tiago Amorim Pouillard Carneiro
» [Das solicitações de ressarcimento de prejuízos por empresas contratadas - da ocorrência de riscos ordinários e extraordinários em contratos de engenharia](#)

19/09/2016 Tauã Lima Verdan Rangel
» [Da Desapropriação Urbanística para fins de Implantação de Loteamento: Primeiras Tessituras](#)

MONOGRAFIA

19/09/2016 Rebeca Fonseca dos Santos
» [A presunção de inocência e seu termo fatal: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória](#)

PARA O STJ INJÚRIA É CRIME DE RACISMO. SERÁ?

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

A E. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, contra a doutrina e a jurisprudência absolutamente dominantes, que o crime de Injúria Racial ou Injúria Preconceito, previsto no artigo 140, § 3º., CP é uma modalidade de “crime de racismo”, tal qual os crimes previstos na Lei 7.716/89. [\[1\]](#)

Na verdade, segundo ensinamento escoreito e reiterado, seja na doutrina, seja na jurisprudência pátrias, o crime previsto no artigo 140, § 3º., CP não constitui “crime de racismo” e sim uma espécie de crime contra a honra qualificado pelo preconceito ou discriminação, mais especificamente uma modalidade de “injúria qualificada”. Trata-se de mero xingamento ou ofensa verbal ou mesmo por meio de sinais e atos ofensivos à honra da pessoa com o detalhe importante, a agravar a reprimenda, de que o autor se utiliza de elementos referentes à raça, cor, etnia, origem, religião, condição de pessoa idosa ou deficiente da vítima.

Conduta similar não é prevista em nenhum dispositivo da lei que trata de reprimir realmente os crimes de racismo no Brasil, ou seja, a Lei 7716/89. Em seu artigo 1º., esse diploma deixa claro ser ele que trata da punição “dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. As condutas previstas nos artigos 3º. a 20 da Lei 7716/89 nada têm a ver com ofensas verbais. São em geral vedações de acesso a benefícios, serviços, oportunidades, lazer etc. devido a preconceito (v.g. impedir alguém de assumir um emprego devido a ser negro). Há uma única conduta diferente, fugindo do padrão genérico, prevista no artigo 20 da lei sob comento, que constitui a ação de

apologia ao racismo. Mesmo essa conduta nada tem de similar ao caso da injúria racial, pois não se trata de mera ofensa a um indivíduo, mas de apologia ao racismo em geral de forma indeterminada, do incentivo e defesa de práticas e teorias racistas.

Não se pode olvidar o fato de que quando o legislador criou a chamada “Injúria Racial” e fez a op o de coloc la dentre os Crimes contra a Honra no bojo do Código Penal (por meio da Lei 9459/97, quando já existia a Lei 7716/89), conseqüentemente tomou a decisão de não integr la   Lei antirracismo (Lei 7716/89), o que poderia fazer perfeitamente se o desejasse. Tudo está a indicar que a “mens legislatoris” foi a de tratar a mera ofensa verbal não como crime de racismo, mas como uma espécie qualificada de injúria, tal como efetivamente ocorreu.

  interessante proceder a uma revisão doutrinário – jurisprudencial sobre o tema a fim de demonstrar como a recente decisão do STJ está em dissonância com o melhor entendimento a respeito da questão:

Andreucci afirma que   “comum o equívoco na tipifica o dos fatos que consistiriam em injúria por preconceito como crime de racismo”. Percebe-se, portanto, que o STJ incide em um “equívoco comum” (diga-se de passagem, que poderia até ser comum para jejunos na área jurídica, mas não seria o que se espera de um Tribunal Superior). E prossegue o autor afirmando que o mero xingamento, ressaltando a cor ou a raça da vítima “não pode ser considerado crime de racismo”, já que não tem a característica comum àqueles delitos de segrega o, mas tão somente o objetivo de ofender   “dignidade ou o decoro da vítima”.[\[2\]](#)

O mesmo autor ainda apresenta decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no mesmo sentido:

“A utiliza o de palavra depreciativas referentes   raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender   honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no   3 ., do art. 140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e não o crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, que trata dos crimes de preconceito de raça ou de cor” (TJSP, RT 752/594). [\[3\]](#)

Bitencourt é ainda mais incisivo e chama de “deploráveis” os equívocos na tipificação daquilo que é uma injúria qualificada como se “crime de racismo” fosse. [4]

Capez faz uma análise percuciente da questão do conflito entre a Injúria Racial e o crime de racismo. Aponta que o surgimento da alteração no Código Penal teve exatamente por motivação o fato de que se costumava, indevidamente, tipificar meros xingamentos como crime de racismo, o que revelava impropriedade e desproporcionalidade. Por outro lado, a ofensa verbal envolvendo elementos de preconceito não tinha tratamento especial e o merecia. Com a previsão da qualificadora a questão foi resolvida. [5] Não obstante, segue necessário ter em mente a devida distinção entre a Injúria Racial e o Crime de Racismo. Este último se concretiza se a ofensa proferida tiver a qualidade de promover “verdadeira segregação racial”, nos termos da Lei 7716/89. Neste ponto é preciso salientar que, eventualmente, uma ofensa proferida a uma pessoa pode configurar “verdadeira apologia à segregação racial”, o que então, excepcionalmente, pode fazer com que uma ofensa verbal configure infração ao artigo 20 da Lei 7716/89 e não simples crime contra a honra. São exemplos jurisprudenciais retirados da obra especializada de Christiano Jorge Santos, citado por Capez, a manifestação de um jornalista acerca da crítica à atuação de uma sindicalista negra, afirmando com todas as letras “ai que saudades do açoite e do pelourinho” (sic)! Perceba-se que numa situação como esta, mormente por meio de um veículo de comunicação de massa, a conduta não é um mero crime contra a pessoa, no caso contra a honra subjetiva. A situação, no caso concreto, realmente extrapola para a apologia ao racismo. O que não pode ocorrer é uma decisão no sentido de que toda e qualquer Injúria com elementos preconceituosos configure, por si só, crime de racismo. Outro exemplo do citado Christiano Jorge dos Santos, é do radialista da cidade de São Carlos-SP que foi condenado porque ao narrar a ocorrência de um furto na cidade, perpetrado por três indivíduos, um deles negro, afirmou: “Só podia ser preto” (sic). E ainda completou a barbaridade dizendo “cana neles, principalmente no preto” (sic)!!! Novamente a questão ultrapassa a honra subjetiva do ofendido e se constitui em nítida apologia ao racismo nos exatos termos do artigo 20 da Lei 7716/89. [6] Os exemplos são muito elucidativos. Primeiro no sentido de que Injúria Racial não é crime de

racismo. Segundo esclarecendo que eventual ofensa verbal pode sim consistir em apologia ao racismo, espécie de crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei 7716/89. Mas, para isso é necessário que a ofensa ultrapasse o atingimento da honra subjetiva individual em situações nitidamente excepcionais. Ou seja, não é possível estabelecer o entendimento de que, como regra, a Injúria Racial constitui crime de racismo. A generalização pretendida pelo STJ constitui uma verdadeira afronta ao “Princípio da Legalidade”, à proibição de analogia “in mallam partem” no Direito Penal e um retrocesso à Responsabilidade Objetiva, pois que abriga uma presunção de intenção e atingimento de toda uma coletividade quando, na verdade, a ofensa se dá apenas entre os envolvidos sem qualquer extrapolação.

Conforme destacam Mirabete e Fabbrini, não se pode confundir a injúria qualificada pelo preconceito com seu direcionamento natural à honra subjetiva individual do sujeito passivo determinado, com os crimes de racismo previstos na Lei 7716/89 que descrevem condutas voltadas “à segregação ou discriminação de alguém”. [\[7\]](#)

Greco colaciona três julgados esclarecedores, inclusive o último do próprio STJ (5ª. Turma): [\[8\]](#)

“O agente que, tencionando atingir a honra subjetiva da vítima, direciona-lhe expressões pejorativas, a exemplo de ‘negra safada’, ainda que tenham relação com cor e raça, comete, em tese, a conduta delituosa descrita no artigo 140,§ 3º., do CPB, e não aquela definida no artigo 20 da Lei n. 7.716/1989, que exige, como dolo específico, a intenção de ofensa a um grupo étnico ou racial, considerado em sua generalidade” (TJPB, ACr 055.2005.000.232-2/001. Rel. Des. Joás de Brito Pereira Filho, DJPB 30.03.2010, p. 8).

“Não se confunde injúria racial ou preconceituosa (art. 140, § 3º. do Código Penal) com os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça e cor, definidos e punidos pela

Lei 7.716/89: enquanto aquela é a ofensa à honra subjetiva relacionada com a raça ou cor, a nota distintiva dos crimes de racismo consta da prática de atos de segregação, que visam impedir ou obstar alguém, por amor dos acidentes de sua cor ou etnia, o acesso aos bens da vida, ou o livre exercício de seus direitos” (TJSP, RESE 10839283500, 5ª. Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Carlos Biasotti, reg. 20.12.2007).

E finalmente do próprio STJ:

“O crime do art. 20 da Lei 7716/89, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (art. 140, § 3º., CP). Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade em razão de sua origem (nacionalidade)” (STJ, RHC 19166/RJ, Rel. Min. Felix Ficher, 5ª. Turma, DJ 20/11/2006, p. 342).

A decisão inusitada do STJ, proferida em decisão monocrática da lavra do Desembargador do TJSP convocado, na qualidade de Relator, Ericson Maranhão, apresenta-se, “data venia”, teratológica pela infração à legalidade, à proibição de analogia “in mallam partem” e o retrocesso à chamada “Responsabilidade Objetiva”. Pretender equiparar, em conduta de ativismo judicial, a injúria racial a crime de racismo, não elencado na Lei 7716/89 é uma flagrante violação ao Princípio da Legalidade e uma manifestação de analogia prejudicial ao réu, inviável no Estado Democrático e de acordo com os mais mezinhos princípios do Direito Penal hodierno. Além disso, generalizar a ofensa verbal ou por sinais, invocadora de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem, condição de idoso ou deficiente como sendo “crime de racismo”. Fazer isso de maneira genérica e indiferenciada, pretendendo impor uma regra legalmente inexistente, para além de violar a legalidade e até a divisão dos Poderes (ativismo judicial indevido na área legislativa), constitui uma clara e evidente defesa da “Responsabilidade Objetiva”. Isso porque se passa a

presumir que qualquer ofensa irrogada contra alguém com elementos preconceituosos tem o fito de atingir uma comunidade de pessoas, um grupo social com objetivo de segregação e discriminação e não somente ao ofendido em sua honra subjetiva. Essa presunção também viola a Presunção Constitucional de Inocência, pois que se caracteriza como uma indevida presunção de culpa quanto ao elemento subjetivo específico do racismo, mediante mera análise superficial dos elementos objetivos da conduta.

A decisão, para além de teratológica, conforme acima exposto, é também desprovida, em seu conteúdo argumentativo, de um mínimo de obediência aos princípios lógicos mais básicos. Acontece que no decorrer do texto o Relator aborda a questão da decadência do direito de ação. Ora, se a decisão, logo em seguida, afirma que a injúria racial é um dos crimes de racismo, tal qual previsto na Lei 7716/89 e na Constituição Federal, então se torna incoerente a análise de questões sobre “representação” ou “decadência”. Ao afirmar que o artigo 140, § 3º., CP é um crime de racismo, então, conseqüentemente, esse crime, inobstante o que diga o Código Penal, tem de ser de ação penal publica incondicionada, jamais sujeito à representação do ofendido e a prazos decadenciais. Mas, o eminente Relator afirma tratar-se de racismo e não de crime contra a honra e discorre sobre a decadência e o direito de representação da vítima! Ora, se o crime de injúria racial é um crime de racismo, portanto imprescritível, isso significa que para ele não existe a possibilidade de extinção de punibilidade pela “prescrição”, a qual é comum a praticamente todos os crimes, salvo as exceções constitucionais. A prescrição é uma causa de extinção de punibilidade de maior envergadura e amplitude do que a decadência, a qual somente tem aplicação para crimes de ação penal privada ou pública condicionada, que são exceções. Qual a base lógica ou de razoabilidade para que um crime considerado imprescritível dependa de representação do ofendido sob o risco de decadência em seis meses? Não havendo possibilidade de extinção da punibilidade, mesmo passados muitos anos pela prescrição, como seria imaginável que em meros seis meses a mesma extinção se operasse por via do instituto da decadência? No caso de haver coerência na manifestação monocrática do eminente Relator, a questão da discussão sobre a decadência deveria ter sido afastada de plano sem

maiores considerações, partindo-se para a argumentação de que se trata de um crime de racismo, portanto imprescritível. Porém, não foi isso que aconteceu. O Relator acaba, consciente ou inconscientemente, criando um híbrido que viola a lógica no que diz respeito ao chamado “Princípio do Terceiro Excluído” (“*Tertium non datur*”). Esse princípio básico a reger a estrutura do pensamento humano, dispõe que

“se uma proposição é verdadeira sua negação é necessariamente falsa; se é falsa, sua negação é necessariamente verdadeira, ficando, portanto, excluída uma ‘terceira possibilidade’”. [9]

Sob este prisma, ou bem a injúria racial é um crime de racismo e não pode jamais estar sujeita à representação do ofendido e prazo decadencial porque é imprescritível, ou não é um crime de racismo e por isso pode ser condicionada à representação da vítima e prazo decadencial, assim como à prescrição como qualquer outro crime. O que não é possível por violação a um princípio fundamental da lógica, é uma *terceira opção híbrida* aventada pelo Relator em sua manifestação. A criação dessa terceira opção inviável logicamente torna a manifestação do STJ autofágica.

Não há a menor razoabilidade em permitir a convivência entre decadência e imprescritibilidade quando a primeira é meramente um prazo estabelecido para atuação do ofendido, enquanto a segunda, para além de muito mais alargada em termos temporais, está relacionada ao chamado “Direito ao Esquecimento”, hoje reconhecido como um dos direitos fundamentais da personalidade, conforme inclusive Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF. [10] Segundo esse entendimento, “as pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e até pela imprensa. Os atos que praticaram no passado distante não podem ecoar para sempre, como se fossem punições eternas”. [11] Esse “Direito ao Esquecimento” já foi reconhecido em decisão proferida pela 4ª. Turma do próprio STJ (REsp 1.334.097-RJ, DJe 10/9/2013) e pelo STF com relatoria do Ministro Dias Toffoli no ARE 833248/RJ.

Observe-se que se até mesmo uma causa extintiva da punibilidade como a prescrição é vedada ao crime de racismo, afastando, portanto, o chamado “Direito ao Esquecimento”, fazendo pairar sobre aquele que comete tal ilícito essa pecha “ad aeternum”, não é possível que um crime dessa envergadura possa se extinguir pela via da mera decadência.

Ademais, o “decisum” do STJ sob discussão se sustenta na doutrina isolada e também desprovida de fundamentação argumentativa válida do autor Guilherme de Souza Nucci. O citado autor usa a famosa decisão do STF sobre o “caso Ellwanger”, onde aquela Corte Suprema estabeleceu a devida amplitude do termo “racismo” para afirmar que a injúria racial constituiria um exemplo de crime da mesma espécie previsto posteriormente pelo legislador no Código Penal. [\[12\]](#)

Ocorre que toda a argumentação doutrinária se dá por uma ligação artificial entre o “caso Ellwanger” (HC 82424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 17.09.2003) e a afirmação de que a injúria racial seria uma espécie de crime de racismo. Na decisão do STF, comentada por Nucci exaustivamente, a questão não é ser um mero xingamento pessoal capaz de se tornar crime de racismo. Ali se discute o conceito (ou preconceito) do próprio termo “raça” e sua aplicabilidade a outras situações que revelam discriminação ou segregação. Ellwanger escreveu um livro em que denegria a imagem de todo o povo judeu. Não ofendeu um judeu, um negro, um chinês, um branco, um idoso, um deficiente, índio ou seja lá quem for por questões discriminatórias. A conduta de Ellwanger analisada pelo STF era tipificada claramente no artigo 20 da Lei 7716/89. Tratava-se nitidamente de um caso de apologia ao racismo, jamais de mera injúria racial. Assim sendo, acenar com tal decisão do Pretório Excelso para fundamentar a classificação do artigo 140, § 3º., CP como “crime de racismo” é algo sem qualquer possibilidade de nexos, já que se tratam de assuntos totalmente diversos.

Contudo é possível encontrar quem pretenda defender a tese de que a não previsão e o não reconhecimento da injúria racial como uma espécie de crime de racismo configura um tecnicismo conspiratório que acaba criando barreiras institucionais para a devida punição da discriminação.

Neste sentido se manifestam Munhoz e Brandão, recebendo com satisfação a decisão ora criticada do STJ:

“Entendemos que a distinção entre esses tipos penais confere um manto de tecnicidade que, em verdade, acaba por exacerbar o fosso entre a norma e a realidade, dificultando, na prática, o reconhecimento da ocorrência de discriminação racial”. [\[13\]](#)

É praticamente impossível não perceber nessa espécie de “Teoria da Conspiração”, o marco indelével deixado pela chamada “Escola de Frankfurt”, fundada por Felix Weil e sua denominada “Teoria Crítica”, no bojo da qual tudo e todos (menos os críticos da escola e seu adeptos) são mal intencionados opressores, sendo premente uma destruição ou desconstrução, não se sabendo o que se deve construir no lugar, mas sendo certo que a destruição é necessária.

O que se encara neste caso como um “tecnicismo” é o respeito ao Princípio da Legalidade e ao Princípio do “Favor Rei”, bem como à Presunção de Inocência e à culpa ou responsabilidade subjetiva. O que se deve criticar é um ativismo judicial indevido, violador inclusive da divisão de poderes. Isso porque, se for verdade que a punição da injúria racial, que difere amplamente do artigo 20 da Lei 7716/89, como crime contra a honra e não como crime de racismo, se constitui em uma espécie de inconstitucionalidade por deficiência protetiva, então o caminho não é que o Judiciário se arvore em legislador, procedendo a uma interpretação construída com analogia prejudicial ao réu. O caminho é a proposta de “lege ferenda” para alteração do quadro legislativo, revogando-se o § 3º., do artigo 140, CP e transplantando o ilícito para o bojo da Lei 7716/89. Aí sim, então, a injúria racial tornar-se-ia, legitimamente, um crime de racismo com todas as consequências correlatas.

Entende-se que mesmo essa reforma escurrita não seria o melhor caminho porque se trataria de uma reação violadora da proporcionalidade, onde a proclamada inconstitucionalidade por deficiência protetiva se converteria em inconstitucionalidade por excesso. Um mero xingamento verbal ou gestual direcionado a um indivíduo não

se pode equiparar a crime de racismo dentro de um mínimo de razoabilidade e proporcionalidade. Afirmar isso não   defender quem assim atua, mas deixar claro que a rea o penal tem de ser adequada   gravidade da ofensa, sob pena, inclusive, de banalizar o que se entende por efetivo “racismo”.

Há inclusive quem na doutrina entenda que a puni o especial da injúria racial já viola a proporcionalidade se comparada sua pena prevista com a de outros crimes como um homicídio culposo, aborto consentido, crimes de perigo individual etc. Damásio d  o exemplo daquele que ofende alguém de “alemão batata” e recebe pena idêntica àquele que mata um feto ou pena menor do que aquele que mata alguém culposamente. [14]

Pode-se afirmar, portanto, que a decisão do STJ sob comento foi equivocada e equiparou condutas que não são equiparáveis dentro do quadro legislativo atual. E mais, que não devem mesmo ser equiparadas, ainda que obedecendo a um processo legislativo adequado.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANÁRIO, Pedro. STJ aplica “direito ao esquecimento” pela primeira vez. Disponível em www.conjur.com.br , acesso em 14.09.2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7^a. ed. Niterói: Impetus, 2013.

JAPIASSÚ, Hilton, MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar1996.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Volume 2. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Marcelo Frullani. *Direito ao Esquecimento*. Disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 14.09.2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUNHOZ, Maria Letícia Puglisi, BRANDÃO, Juliana Ribeiro. Nas entrelinhas da distinção de injúria racial e racismo. *Boletim IBCCrim*. n. 285, ago., p. 17 – 18, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª. ed. São Paulo: RT, 2008.

NOTAS:

[1] Cf. STJ, AgRg no AREsp 686965/DF, 6ª. Turma, j. 18.08.2015, DJe31.08.2015.

[2] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 352 – 353.

[3] Op. Cit., p. 353.

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 375.

[5] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

[6] Op. Cit., p. 315 – 316.

[7] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 143.

[8] GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7ª. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 380.

[9] JAPIASSÚ, Hilton, MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar1996, p. 260.

[10] LOPES, Marcelo Frullani. Direito ao Esquecimento. Disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 14.09.2016.

[11] CANÁRIO, Pedro. STJ aplica “direito ao esquecimento” pela primeira vez. Disponível em www.conjur.com.br , acesso em 14.09.2016.

[12] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 669 – 670.

[13] MUNHOZ, Maria Letícia Puglisi, BRANDÃO, Juliana Ribeiro. Nas entrelinhas da distinção de injúria racial e racismo. *Boletim IBCCrim*. n. 285, ago. 2016, p. 18.

[14] JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Volume 2. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265. No mesmo diapasão e inclusive citando Damásio: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 375 – 376. Este autor por último citado alerta para o perigo de “uso abusivo da proteção legal”. Op. Cit., p. 376.

O PROCESSO DE IMPEACHMENT E A NÃO APLICAÇÃO DA PENA DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA: INCONSTITUCIONALIDADE?

ADALBERTO DE OLIVEIRA CORDEIRO JÚNIOR: Defensor Público do Estado de Pernambuco. Tem especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior da Advocacia de Pernambuco e Faculdade Joaquim Nabuco de Recife - PE, tem especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB e é Bacharel em Direito pela ASCES/UNITA - Universidade Tabosa de Almeida de Caruaru - PE.

RESUMO: Este artigo científico tem por objetivo analisar o processo de impeachment e suas consequências jurídicas no que se refere à perda do cargo e a inabilitação para o exercício da função pública aplicáveis ao Presidente da República condenado por crime de responsabilidade, bem como visa analisar a inconstitucionalidade da não aplicação da pena de inabilitação para o exercício da função pública.

Palavras-chave: impeachment – processo – inconstitucionalidade – função – cargo.

1 - Introdução:

O processo de impeachment está previsto no art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, e seu procedimento foi regulamentado pela Lei nº 1.079/50, cujo diploma legal indica as condutas praticadas pelo Presidente da República e por outras autoridades que são consideradas como crimes de responsabilidade.

A procedência do processo de impeachment culmina na perda do cargo e na inabilitação para o exercício da função pública pelo tempo de oito anos.

2 - Origem histórica e etimológica do instrumento do *impeachment* e seus precedentes:

A expressão inglesa “*impeachment*” é traduzida para o português e tem os significados de acusação, ataque, impugnação ou impedimento.^[1]

Etimologicamente, o referido vocábulo é derivado do latim *impedimentum*.

O instrumento jurídico-político do *Impeachment* tem sua origem histórica na Inglaterra entre os séculos XIII e XIV objetivando punir súditos do reino, altas autoridades ou simples cidadãos.^[2]

Na América, a exemplo, o *impeachment* está previsto na Constituição Federal do Estados Unidos da América do Norte em seu artigo II, seção IV.

Historicamente, em nossa República, o instrumento do *impeachment* surgiu, pela primeira vez, na Constituição Federal de 1889^[3], em seu artigo 41 §§1º e 2º, e, desde então, foi previsto em todas as demais Constituições Federais, inclusive na vigente carta constitucional de 1988, com seu delineamento nos arts. 52, incisos I e II e 85 e 86, cujos aspectos serão adiante detalhados.

Em nossa recente história republicana, pós período de redemocratização, sobretudo após a Constituição cidadã de 1988, por duas vezes, o processo de *impeachment* foi utilizado contra dois Presidentes da República.

O primeiro processo de *impeachment*, ocorrido no ano de 1992, teve como consequência a inabilitação para o exercício de função pública por oito anos pelo ex-Presidente Fernando Collor de Melo, já que este não perdera o cargo por ter renunciado ao mandato eletivo durante a tramitação e momentos antes do julgamento do *impeachment*, tendo sido este o primeiro presidente da República Federativa do Brasil eleito pelo voto popular direto após mais de duas décadas de regime da ditadura militar.

Recentemente, ao final do mês de agosto de 2016, após 9 meses, o processo de *impeachment*, iniciado na Câmara dos Deputados, chega ao fim

com a decisão pelo plenário do Senado Federal que culminou com o afastamento definitivo com a perda do cargo da então Presidente da República Dilma Roussef, não tendo a mesma sido inabilitada para o exercício da função pública.

3 – Definição e natureza jurídica do *impeachment*:

Em brilhante definição, o ilustre e também constitucionalista Dirley da Cunha Jr., entende que “*o impeachment, na verdade, é uma medida de cunho essencialmente política destinada a impedir que determinadas autoridades permaneçam nos seus respectivos cargos públicos, onde a sua ação prejudicaria os interesses do País.*” [4]

Impeachment foi denominado por Ruy Barbosa com um “juízo político”.

Desta forma, o *impeachment* é o procedimento jurídico político-constitucional, o qual tem como objetivo o afastamento e impedimento com a perda do cargo de Presidente ou de Vice-Presidente de República e de outras elevadas autoridades mencionadas no texto constitucional cumulada à pena de inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos pelo cometimento de crimes de responsabilidade.

Quanto à natureza jurídica do *impeachment*, menciona a abalizada doutrina[5] que “*tem sido controvertida a sua natureza jurídica: para alguns o impeachment tem natureza política, para outros possui natureza penal.*”

4 - Previsão do processo de *impeachment* na Constituição Federal de 1988 e seu rito procedimental na Lei nº 1.079/1950:

O processo de *impeachment* ou, como entre nós denominado de impedimento do Presidente da República e do Vice-Presidente da República (que exercer a Presidência da República), está previsto no art. 52, incisos I e II e arts. 85 e 86 da Carta Constitucional de 1988.

A motivação para o processo de *impeachment* surge com o oferecimento de denúncia pela prática de crimes de responsabilidade que

são as condutas previstas no art. 85 da CF de 1988 e demais condutas previstas na Lei nº 1.079/1950.

Vale salientar que o texto constitucional vigente e a legislação que regulamente o tema não define o que vem a ser crime de responsabilidade, apenas indica quais condutas o configuram.

Cabe-nos evidenciar que o *impeachment* se inicia com a autorização de instauração de processo contra o Presidente e o vice-Presidente da República pela Câmara dos Deputados por dois terços de seus membros, como prevê o art. 51, inciso I da CF de 1988.

Após a devida autorização pela Câmara dos Deputados, inicia-se efetivamente o processo de *impeachment*, desta vez no Senado Federal, órgão incumbido pela Constituição Federal para processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente da República (que venha exercer a Presidência), entre outras autoridades previstas na Constituição Federal que tenham cometido crime de responsabilidade.

Por fim, no Senado Federal, cujo julgamento será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, será o *impeachment* aprovado se obtiver dois terços do total de seus membros que culminará na perda do cargo com a inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos.

5 – As penas de perda do cargo e de inabilitação para o exercício de função pública:

Conforme o texto constitucional, parágrafo único do art. 52, são aplicadas ao Presidente de República, condenado em *impeachment*, duas penas distintas e cumulativas quais sejam: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública.

Cabe-nos, superficialmente, expor o que vem a ser cargo público e função pública. Para o eminente Hely Lopes Meireles^[6] “*cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido ou exercido por um titular, na forma*

estabelecida em lei.” E para a doutrina de Dirley da Cunha Jr.[7] “funções são as atribuições do cargo ou do emprego público ou aquelas destinadas diretamente ao agente.”

Neste contexto, acerca precisamente do *impeachment*, não trata-se, especificamente, do cargo público aquele provido mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, mas sim, especificamente, do cargo eletivo de Presidente da República, cuja perda pode ser decretada em julgamento procedente no processo de *impeachment*.

No tocante ao exercício de função pública, tratou-se na Constituição Federal de *nomen juris* de forma genérica para designar o exercício de cargo público, emprego público, cargo em comissão, mandato eletivo ou qualquer outra função pública temporária em órgãos públicos da Administração direta ou indireta de quaisquer esferas administrativas seja em nível Federal, Estadual, Distrital ou Municipal.

Em julgamento de RE – Recurso Extraordinário[8], entendeu nossa Suprema Corte que o exercício de mandato eletivo está incluído na expressão exercício de função pública, senão vejamos:

Crime de responsabilidade do Presidente da República. Compreende-se o desempenho de mandato eletivo na pena de inabilitação temporária para o exercício de função pública, cominada no parágrafo único do art. 52 da Constituição. (STF - RE: 234223 DF, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 01/09/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 12-05-2000.

6 – A inconstitucionalidade da não aplicação da pena de inabilitação para o exercício de função pública:

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil [9], promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte em 05 de outubro de 1988, em seu art. 52 parágrafo único, reza que:

“Art. 52...

“parágrafo único. Nos casos previsto nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”

Em precedente histórico de nossa recente República Democrática, mais especificamente quanto ao julgamento do *impeachment* do então Presidente Fernando Collor de Melo, este foi condenado, em votação única, não à perda do cargo, por ter antes renunciado, tendo ficado inabilitado para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos.

Diferentemente, e criando um outro nebuloso precedente jurídico, ocorreu no julgamento do processo da então Presidente Dilma Rouseff, no qual, por entendimento do Presidente do STF, que presidiu a Sessão de julgamento do *impeachment* daquela, foi deferido requerimento para que dito julgamento fosse partido em duas questões, um acerca da perda do cargo de Presidente da República, e outro referente à inabilitação para exercício de função pública pelo prazo de oito anos. No primeiro quesito foi, a então Presidente da República, por mais de dois terços dos membros do Senado Federal, condenada à perda do cargo, todavia no segundo quesito a mesma não ficou inabilitada para o exercício de função pública, já que tal quesito não obteve dois terços daqueles membros.

Em análise eminentemente jurídica, e nos afastando das nuances políticas, cabe-nos interpretar o texto constitucional de 1988 no tocante ao processo de *impeachment* e suas consequências jurídicas para o Presidente impedido.

Pois bem, vejamos.

O parágrafo único do art. 52 da CF de 1988 descreve as duas sanções aplicadas cumulativamente ao condenado em processo de *impeachment* que é a perda do cargo com a inabilitação para o exercício de função pública.

O texto constitucional, em uma análise literal, prescreve que, em outras palavras, julgado procedente o *impeachment* o Presidente da República perderá o cargo e ficará inabilitado para o exercício de função pública, sendo esta inabilitação consequência direta e indissociável da perda do cargo, ou seja, condenado à perda do cargo fica cumulativa e automaticamente inabilitado para o exercício de função pública por oito anos.

A previsão constitucional acerca do *impeachment* é nítida quanto ao caráter cumulativo das duas sanções aplicáveis ao Presidente da República condenado.

No caso em concreto acerca do *impeachment* da então Presidente da República, ocorreu interpretação contrária ao texto constitucional, cuja decisão tem a eiva do vício da inconstitucionalidade.

Por certo foi esdrúxula e bizarra a bipartição ou “fatiamento” do julgamento em dois quesitos, já que não foi esta a intenção do constituinte originário de 1988 quando elaborou a vigente carta constitucional, e sim que o Presidente da República condenado em processo de *impeachment* deve perder o cargo e automaticamente ficar inabilitado para o exercício de função pública.

A Lei nº 1.079 que define os crimes de responsabilidade e regulamenta o processo de *impeachment*, sancionada em 10 de abril de 1950, ou seja, anterior à atual carta constitucional vigente, em seu art. 68 prevê no capítulo III da Sentença que o Presidente do julgamento do *impeachment* fará inicialmente a pergunta se o acusado cometeu o crime de responsabilidade a si imputado e se deve ser condenado à perda do cargo. Em seguida, tendo obtido a resposta positiva ao referido quesito, por pelo menos dois terços dos votos, fará novamente o Presidente outro questionamento acerca da inabilitação ou não para o exercício de função público pelo tempo não excedente a cinco anos.

De logo, cabe-nos mencionar que uma lei será revogada por outra lei, pois o art. 2º da Lei de Introdução às normas de Direito brasileiro^[10] reza que: “*Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*”

Ocorreu que a Lei n  1.079/1950, como já foi dito, foi sancionada antes da Constitui o Federal de 1988, não tendo aquela sido recepcionada por esta, e, portanto, neste particular, foi revogada pelo texto constitucional vigente, mormente no tocante   bipartiu o ou “fatiamento” da quesita o, bem como no que se refere ao tempo de inabilita o para o exercício da fun o pública.

O art. 68 da Lei n  1.079/1950, especificamente, não foi recepcionado pelo parágrafo único do art. 52 da Constitui o Federal de 1988, devendo ser extirpado do ordenamento jurídico por não estar em consonância com o texto constitucional vigente, por ter sido, aquele art. 68, revogado por ausência de recep o na vigente Constitui o Federal.

A doutrina de Pedro Lenza[11] nos ensina que *“todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constitui o serão revogadas, por ausência de recep o.”*

Apesar de não estar previsto expressamente na vigente Constitui o Federal acerca de ser um ou dois quesitos, está clarividente que o constituinte originário de 1988 optou e instituiu que com o julgamento procedente do *impeachment* o Presidente da República perderá o respectivo cargo e ficará inabilitado para o exercício de fun o pública por oito anos, sendo esta pena de inabilita o, como já foi dito antes, consequência direta e inseparável da pena de perda do cargo, ou seja, aquele que perder o cargo de Presidente da República em processo de *impeachment* ficará também e automaticamente inabilitado para exercício de fun o pública.

Traçando um paralelo, e a título de exemplo semelhante, seria a suspensão dos direitos políticos em caso de condena o penal no procedimento penal comum ou no Procedimento especial do Tribunal do Júri, pois, em sendo o acusado condenado serão seus direitos políticos suspensos nos termos do art. 15, inciso III da CF/88, não havendo discricionariedade do juiz em suspender ou não o direito de votar e de ser votado, ou seja, após o trânsito em julgado, automaticamente estarão suspensos aqueles direitos políticos, pois esta suspensão   efeito jurídico da condena o penal.

A jurisprudência infra citada, tida como precedente histórico, cujo julgado ocorreu em 16/12/1993, menciona a impossibilidade jurídica de aplicação apenas da pena de perda do cargo ao Presidente da República condenado em processo de *impeachment*, e assim prescrevendo a existência de duas penas, ou seja, a perda do cargo e a inabilitação para o exercício da função pública. Senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". CONTROLE JUDICIAL. "IMPEACHMENT" DO PRESIDENTE DA REPUBLICA. PENA DE INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. C.F., art. 52, parágrafo único. Lei n. 27, de 07.01.1892; Lei n. 30, de 08.01.1892. Lei n. 1.079, de 1950. I. - Controle judicial do "impeachment": possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. C.F., art. 5., XXXV. Precedentes do S.T.F.: MS n. 20.941-DF (RTJ 142/88); MS n. 21.564-DF e MS n. 21.623-DF. II. - O "impeachment", no Brasil, a partir da Constituição de 1891, segundo o modelo americano, mas com características que o distinguem deste: no Brasil, ao contrario do que ocorre nos Estados Unidos, lei ordinária definira os crimes de responsabilidade, disciplinara a acusação e estabeleceria o processo e o julgamento. III. - Alteração do direito positivo brasileiro: a Lei n. 27, de 1892, art. 3., estabelecia: a) o processo de "impeachment" somente poderia ser intentado durante o período presidencial; b) intentado, cessaria quando o Presidente, por qualquer motivo, deixasse definitivamente o exercício do cargo. A Lei n. 1.079, de 1950, estabelece, apenas, no seu art. 15, que a denúncia só poderia ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo. IV. - No sistema do direito anterior a Lei 1.079, de 1950, isto é, no sistema das Leis n.s 27 e 30, de 1892, era possível a aplicação tão somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser

agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, art. 33, par.3.; Lei n. 30, de 1892, art. 2.), emprestando-se a pena de inabilitação o caráter de pena acessoria (Lei n. 27, de 1892, artigos 23 e 24). **No sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (C.F., 1934, art. 58, par.7.; C.F., 1946, art. 62, par.3. C.F., 1967, art. 44, parágrafo único; EC n. 1/69, art. 42, parágrafo único; C.F., 1988, art. 52, parágrafo único. Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2., 31, 33 e 34). V. - A existência, no "impeachment" brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (C.F., 1988, art. 52, parágrafo único; Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2., 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. VI. - A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de "impeachment". VII. - Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (C.F., art. 37). VIII. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na forma do Decreto-lei 201, de 27.02.1967. Apresentada a denúncia, estando o Prefeito no exercício do cargo, prosseguirá a ação penal, mesmo após o término do mandato, ou deixando o Prefeito, por qualquer motivo, o exercício do cargo. IX. - Mandado de segurança indeferido.(STF - MS: 21689 DF, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 16/12/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 07-04-1995.(grifo nosso)**

Deste modo, caberá ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, se for provocado, novamente, dar interpretação

conforme a Constituição vigente, julgando eventual recurso ou impugnação, de quem tenha legítimo interesse jurídico, àquela votação inexoravelmente inconstitucional que culminou apenas na aplicação da pena de perda do cargo à então Presidente da República.

7 - Conclusão:

Como bem se observa nas entrelinhas acima, tratou-se do processo de impeachment e de suas nuances acerca, sobretudo, da verificação e comprovação jurídica da inconstitucionalidade da bipartição dos quesitos referentes ao processo de impedimento da então Presidente da República.

O texto Constitucional é a fonte de todas as normas e procedimentos vigentes no ordenamento jurídico de um Estado. Qualquer norma ou procedimento que violar o texto de uma Constituição será considerada inconstitucional, e neste não terá amparo e validação jurídica.

O “fatiamento”, como se nominou a divisão ou partilha do quesito referente ao julgamento do impeachment recentemente decidido em plenário do Senado Federal, foi juridicamente equivocado e indubitavelmente inconstitucional, pois como se viu a Constituição Federal de 1988 não previu e não deu permissão para tanto, prevendo que com a perda do cargo de Presidente da República ficará este também inabilitado ao exercício da função pública pelo prazo de oito anos.

A decisão do Senado Federal que julgou o impeachment com a bipartição dos quesitos, é, um retrocesso político, e sobretudo, jurídico-constitucional, considerado ainda um desrespeito e uma afronta ao texto constitucional, gerando um perigoso precedente que poderá ser novamente e indevidamente utilizado não só no processo de impeachment de um Presidente da República, mas também em processo de cassação de mandatos de Deputados, Senadores, Governadores ou Prefeitos, resultando em letra morta a parte final do parágrafo único do art. 52 da CF de 1988, no tocante à inabilitação para o exercício de função pública, cuja sanção serve para evitar que o condenado venha novamente assumir uma função pública e dela se utilizar para o cometimento de condutas vedadas pela Constituição Federal.

7 – Referências bibliográficas:

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 24 de fevereiro de 1889.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 08 de outubro de 1988.

CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DICIONÁRIO COMPACTO Inglês – Português – Inglês. 1ª Ed., São Paulo: Editora Rideel, 1994.

LEI nº 1.079, de 10-04-1950, define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

LEI nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas de Direito brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

NOTAS:

[1] Dicionário compacto Inglês – Português – Inglês. 1ª Ed., São Paulo: Editora Rideel, 1994, p. 177.

[2] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 1261.

[3] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1889.

[4] CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 979.

[5] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 1260.

[6] MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 395.

[7] CUNHA JR, Direly da. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 198.

[8] STF - RE: 234223 DF, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 01/09/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 12-05-2000.

[9] Constituição da República Federativa do Brasil de 08 de outubro de 1988.

[10] Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas de Direito brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010.

[11] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

ASPECTOS RELEVANTES DA GESTÃO DE PESSOAS NA ADMINISTRAÇÃO DE UMA EMPRESA

WANDERSON LUIZ GOMES SOARES:

Resumo. Este artigo relata os aspectos relevantes da gestão de pessoas na administração de uma empresa. Neste cenário globalizado, as empresas têm buscado uma gestão de pessoas mais efetiva visando serem competitivas no mercado. As áreas de conhecimentos referentes à gestão de pessoas dão início ao uso de instrumentos e técnicas, que podem estar presentes em ocasiões distintas na administração de uma empresa. A justificativa para elaborar o artigo sobre o tema: "Aspectos relevantes da gestão de pessoas na administração de uma empresa." está no fato que a adoção da gestão de pessoas eficiente, eficaz e efetivo tende a proporcionar, dentre outras coisas, um diferencial competitivo na atuação e na prestação de serviços de qualidade. A metodologia de pesquisa que está sendo adotada para a elaboração do artigo é a metodologia de pesquisa bibliográfica e está sendo utilizado principalmente artigos científicos publicados nos últimos cinco anos.

Palavras chaves: Gestão, Administração, Empresa.

Abstract. This paper reports the relevant aspects of people management in the management of a company in this global scenario, companies have sought a more effective people management aiming to be competitive in the market. The areas of knowledge regarding the management of people initiate the use of tools and techniques which may be present on separate occasions in the management of a company. The justification for drafting the article on the topic: ". Relevant aspects of people management in the management of a company" is in the fact that the adoption of efficient personnel management, efficient and effective tends to provide, among other things, a competitive edge the performance and the

provision of quality services. The research methodology being adopted for the preparation of the article is the bibliographic research methodology and is being used primarily scientific articles published in the last five years.

Key words: Management, Administration, Company.

1. Introdução

As empresas estão cada vez mais focadas na gestão de pessoas. As empresas têm buscado cada vez inovar na gestão de pessoas visando alcançar a excelência na prestação de serviços aos seus clientes.

Neste cenário globalizado, as empresas têm buscado uma gestão de pessoas mais efetiva visando serem competitivas no mercado.

As áreas de conhecimentos referentes à gestão de pessoas dão início ao uso de instrumentos e técnicas, que podem estar presentes em ocasiões distintas na administração de uma empresa.

2. Metodologia de desenvolvimento

O problema investigado é apresentar os aspectos relevantes da gestão de pessoas na administração e no gerenciamento de uma empresa.

Constata-se que a adoção da gestão de pessoas eficiente, eficaz e efetivo tende a proporcionar, dentre outras coisas, um diferencial competitivo na atuação e na prestação de serviços de qualidade para os seus respectivos clientes.

Assim, por exemplo, podemos considerar os seguintes benefícios, dentre outros, que justificam a adoção da gestão de pessoas na administração de uma empresa:

- a) Melhora a eficiência, a eficácia e a efetividade do desempenho dos recursos humanos e materiais envolvidos no processo;

- b) Gestão dos recursos humanos.
- c) Melhora na qualidade dos serviços prestados aos clientes.
- d) Tendência de uma melhor adequação no desenvolvimento de produtos e no melhor atendimento aos clientes.
- e) Melhor organização dos recursos humanos.

A metodologia de pesquisa que está sendo adotada para a elaboração do artigo é a metodologia de pesquisa bibliográfica. As publicações utilizadas foram previamente analisadas e selecionadas visando fundamentar bem este artigo.

Foi realizada uma revisão bibliográfica e, assim, está sendo utilizado principalmente artigos científicos publicados nos últimos 5 (cinco) anos.

3. Gestão de Pessoas.

"A gestão de pessoas nas empresas é o ponto chave para o sucesso de um relacionamento bom entre indivíduos, nível de abertura de compartilhamento de ideias, nível de preocupação com os funcionários. Sempre motivando os funcionários, tentando fazer do local de trabalho um ambiente agradável, onde possam ter programas de capacitação dos colaboradores, tais como: Treinamento e desenvolvimento, Plano de Carreira, nível de Confiança na Promoção de funcionários e práticas de Recrutamento Interno" (MOURA, 2015, pág. 3).

Pode-se considerar que a gerenciar pessoas requer experiência e habilidade. O setor de recursos humanos deve tratar a gestão de pessoas com seriedade e buscando gerir os recursos humanos da forma que melhor atende aos objetivos da instituição.

O setor de recursos humanos tem a responsabilidade de recrutar, de prover treinamento, de motivar, de estabelecer planos de cargos e de salários e todas as demais questões envolvendo gestão de pessoas.

"A área de Recursos Humanos passou de um simples departamento de pessoal para um agente de transformações na organização, provocando mudanças e oferecendo sustentação na implementação das mesmas" (RODRIGUES, 2012, 2).

"A Gestão de Pessoas se divide em: Provisão de Recursos Humanos; Aplicação de Recursos Humanos; Desenvolvimento de Recursos Humanos; Manutenção de Recursos Humanos e Monitoração de Recursos Humanos." (RODRIGUES, 2012, 2).

"A estratégia de inovação requer práticas de gestão de pessoas que observem: a seleção de funcionários capacitados; fortalecimento das relações entre os grupos de empregados; desenvolvimento de avaliações de desempenho focadas nos grupos de trabalho; foco no longo prazo; desenvolvimento da carreira; sistemas de recompensa específicos que busquem a equidade interna e com liberdade para os empregados comporem o mix da remuneração" (RIBEIRO, 2013, 5).

Desta forma, visando prover uma gestão de pessoas eficiente, o setor de recursos humanos precisa ter uma equipe formada por profissionais com as seguintes características, dentre outras:

- a) Profissionais dedicados e empenhados nas suas atividades.
- b) Profissionais engajados em prover a motivação das pessoas.
- c) Profissionais preparados e com experiência.

A adoção da gestão de pessoas eficiente, eficaz e efetiva tende a proporcionar, dentre outras coisas, um diferencial competitivo na atuação e na prestação de serviços qualidade.

"O contexto da Gestão de Pessoas é formado por pessoas e organizações. Há uma relação de dependência entre esses, tornando fundamental a simetria entre as organizações e as pessoas para

atingir o sucesso de ambas as partes" (WYSE, 2015, 1).

A gestão de pessoas é uma área que está em um processo com constantes de mudanças e transformações durante estes últimos anos.

"Os novos modelos de gestão empresarial estão alinhados à busca por inovação, competitividade e produtividade, exigindo cada vez mais dos colaboradores o desempenho de funções que extrapolam a reprodução de atividades prescritas em seus cargos. Espera-se que os colaboradores possam extrapolar limites e assumir atribuições relacionadas a iniciativas, à resolução de problemas e à criação de oportunidades e de crescimento de produção, tornando a empresa mais competitiva" (GONÇALVES, 2015, 4).

Com a globalização, as empresas necessitam de melhorar todos os seus processos visando ser competitivas neste mercado globalizado, por isso, a gestão de pessoas é um dos fatores importantes e que não é recomendável negligenciar a mesma.

Neste cenário globalizado, as empresas têm buscado uma gestão de pessoas mais efetiva visando serem competitivas no mercado.

"Partindo desse contexto, é necessário que a gestão de pessoas esteja alinhada com a crescente transformação nos processos de busca da inovação e da competitividade e reconheça na gestão da remuneração um desafio para gerir o capital humano" (GONÇALVES, 2015, 4).

Assim, por exemplo, podemos considerar os seguintes benefícios, dentre outros, que justificam a adoção da gestão de pessoas:

- a) Melhora a eficiência, a eficácia e a efetividade do desempenho dos recursos humanos e materiais envolvidos no processo;
- b) Gestão dos recursos humanos.

- c) Melhora na qualidade dos serviços prestados aos clientes.
- d) Tendência de uma melhor adequação no desenvolvimento de produtos e no melhor atendimento aos clientes.
- e) Melhor organização dos recursos humanos.

O setor de recursos humanos precisa auxiliar a empresa a alcançar os seus objetivos e buscando torná-la ainda mais competitiva. Desta forma, o setor de recursos humanos precisa prover empregados motivados, treinados e alinhados com os objetivos da empresa.

“Na moderna Gestão de Pessoas, os chamados recursos humanos são de profunda vitalidade para a organização, pois fazem com que a mesma se mantenha competitiva e no mercado, gerando as mais diversas ideias, revelando talentos e assim alcançando o sucesso da corporação, o que faz com que os mesmos devam ser valorizados e reconhecidos como aliados das estratégias da empresa” (WYSE, 2015, 1).

As empresas estão cada vez mais focadas na gestão de pessoas. As empresas têm buscado cada vez inovar na gestão de pessoas visando alcançar a excelência na prestação de serviços.

“A Gestão de Talentos (GT) pode ser entendida como o uso sistemático da Gestão de Pessoas (GP), alinhado às diretrizes estratégicas da organização para atrair, desenvolver e reter indivíduos com altos níveis de capital humano, tais como competência, personalidade e motivação”(FREITAG, 2014, 3).

O conhecimento do comportamento humano tem sua importância neste processo de gerir pessoas e através da psicologia social que é uma das formas para buscar este entendimento. É importante considerar que a atitude e o comportamento delineiam como um homem social lida com os desafios cotidianos e reage com atitudes e com opiniões.

Alguma vez, pode questionar o motivo que um determinado individuo agiu daquela forma. Para obter esta resposta, é

necessário entender o conjunto dos fatos que encadearam na formação social de um indivíduo. Neste contexto, a família e a escola desempenha um papel extremamente relevante na formação social do indivíduo.

A psicologia social pode ser definida como um estudo que busca compreender como pensamos, sentimos e comportamentos de uma ou mais pessoas e como todo este contexto social pode ou não influenciar os demais indivíduos.

Para adquirir e organizar as informações, o indivíduo pode utilizar a linguagem, as imagens, os conceitos para se comunicar e também para ser um meio como o respectivo indivíduo forma as impressões dele sobre o mundo.

A linguagem humana é representada por um conjunto de símbolos que possibilita a comunicação. A imagem é uma forma figurativa de comunicação diferente da linguagem. O conceito é utilizado para qualificar os fatos, as pessoas e demais acontecimentos. Este conjunto de fatores possibilita a criação de pensamentos.

O processo de desenvolvimento de pensamentos do indivíduo pode ser influenciado pelo ambiente. Diante deste fato, é importante que a psicologia social estude a influência do ambiente na vida do indivíduo. Salienta-se que a cultura é uma das áreas que tente a influências a conduta do indivíduo.

A influência cultural tende a ser determinante na forma que o indivíduo veste, come e além de outros aspectos. O aspecto de conformidade pode ser definido pela capacidade de um indivíduo passar a concordar com algum aspecto a partir de uma influência externa neste sentido. O aspecto de obediência pode ser caracterizado como a capacidade do indivíduo mudar o comportamento a partir de uma determinação externa. Os aspectos de conformidade e de obediência são fatores determinantes com relação se um indivíduo está mais susceptível as influências do ambiente.

É importante considerar que a família e a escola desempenham um papel na formação do indivíduo. As atitudes de um indivíduo normalmente baseiam-se na crença avaliativa, no sentimento e na tendência de comportamento.

"Nenhuma pessoa irá se tornar um líder melhor somente recebendo treinamentos ou fazendo a leitura sobre a liderança! É possível obter informações sobre o assunto, mas a aplicação e a prática são fundamentais, pois ninguém se torna um líder mais eficaz somente assistindo a um vídeo de treinamento" (NUNES, 2016, 1).

A crença de um indivíduo está normalmente associada ao fator e conhecimentos gerais sobre um determinado aspecto. O sentimento de um indivíduo está normalmente associado com o amor, com o ódio e demais aspectos inerentes. A tendência de comportamento está relacionada ao fato do indivíduo esboçar tendências e sentimentos com relação aos aspectos, pessoas e demais fatores no ambiente.

"Para quem é ou deseja se tornar um líder é preciso entender que não se trata de um exercício intelectual, como aprender uma fração ou analisar um balanço contábil. Para desenvolver a liderança é necessária muita motivação, feedback, prática intensiva na vida cotidiana e ter motivação para mudar e crescer" (NUNES, 2016, 1).

"Num cenário de alta complexidade, em que a interdependência e diversidade são características essenciais e marcantes, as políticas de gestão de pessoas devem enfatizar a importância de encorajar a autonomia dos trabalhadores, desenvolvendo competências para a inovação e capacidades para assumir responsabilidades de tomadas de decisão" (WOLFF, 2013, 4).

Para promover a mudança de atitude de um indivíduo, pode-se adotar inicialmente a seguinte abordagem para minimizar as suas ocorrências:

- a) Reclassificar: reconsiderar conceitos e valores.
- b) Processamento controlado: buscar ser mais tolerante.
- c) Contato entre grupos diferentes: buscar aproximação de diferentes grupos promovendo uma oportunidade de crescimento.
- d) Integração social: as autoridades devem promover a igualdade de tratamento racional.
- e) Cooperação: promover a cooperação entre membros de diferentes grupos.

"É possível verificar um grande contraste com a atual Gestão de Pessoas. Pois, nas organizações modernas e mais bem-sucedidas, o capital humano é o seu maior bem e é considerado como tal, demonstrando o motivo da verdadeira existência das organizações: as pessoas" (WYSE, 2015, 2).

4. O papel dos jogos e da sociologia organizacional na gestão de pessoas.

Os jogos aplicados ao treinamento relacionam-se ao fato que desde os primórdios da civilização, o homem apresentava-se com um jogador diante das adversidades e da busca contínua da sua sobrevivência.

Os jogos estão presentes da vida do homem desde a sua infância, pois os jogos tendem a ser um fator de aprendizagem importante na formação social do indivíduo e na educação geral. Por meio dos jogos, é formado o desenvolvimento da autodisciplina, da sociabilidade, da afetividade, dos valores morais, de espírito de equipe e bom senso.

É importante considerar que o jogo é uma atividade espontânea que envolvem mais de um indivíduo, cujo o respectivo jogo possui suas próprias regras que descrevem os critérios que definem o vencedor.

Diante deste contexto, constata-se que utilização dos jogos no treinamento tende a ser abordagem que tende a agregar. Por exemplo: As empresas aéreas treinam seus pilotos por meio de simuladores de voo.

Desta forma, pode-se unir o jogo a uma simulação propriamente dita como no exemplo anterior descrito: simulador de aeronave para treinar os pilotos. No simulador, o objetivo é propiciar o treinamento do indivíduo em um ambiente controlado e que possibilite retratar o maior número possível das variáveis do mundo real.

Durante o jogo, o mesmo propicia interação e possibilita que as habilidades sejam colocadas em prática. Neste sentido, o jogo tende a aprimorar as habilidades técnicas dos indivíduos e também melhora as relações sócias.

É importante considerar que existem diversos tipos de jogos, por exemplo:

Jogos de comportamento: são jogos que dão uma ênfase maior nas habilidades comportamentais.

Jogos de processo: são jogos que dão uma ênfase maior nas habilidades técnicas.

Jogos de mercado: são jogos que dão uma ênfase maior em processos.

Antes definir um jogo, é importante realizar uma pesquisa sobre os jogos existentes para evitar a reinvenção de algo que já existe. É possível encontrar jogos que atendem os requisitos almejados ou adaptar um jogo já existente.

Se não for encontrado nenhum jogo que atende integralmente ou parcialmente os requisitos almejados, pode-se neste caso criar um jogo novo. Salienta-se que a criação de um novo jogo tende a ser simples, mas tende a ser complexo a estruturá-lo.

Salienta-se a importância de definir o nível de complexidade ao criar um jogo. Relata-se que atividades simples e desafiadores tende a

propiciar um melhor resultado quando comparamos com atividades supercomplexas.

É recomendável que conheça o perfil dos indivíduos de uma forma detalhada para identificar qual a proposta de jogo que tende a ser melhor para que se possa planejar adequadamente aplicação do jogo e da execução das atividades.

O papel do facilitador é propiciar que toda a atividade que está sendo aplicada aos participantes possa promover a aprendizagem no sentido de alcançar o objetivo almejado.

"É necessário que as organizações se adaptem as constantes mudanças, às novas tecnologias e incorporem diretrizes bem diversificadas. São comuns as tentativas de identificar modelos de gestão mais eficazes, fontes de vantagem competitiva e mecanismos para promover o desenvolvimento de pessoas e organizações. Uma das maneiras mais utilizadas atualmente para avaliar o patamar de excelência de seus funcionários é o chamado Mapeamento de Competências" (RODRIGUES, 2012, 2).

A sociologia organizacional é uma linha da sociologia que visa estudar o comportamento humano no ambiente organizacional. Salienta-se que a sociologia organizacional tem sido afetada direta e indiretamente pelo avanço no desenvolvimento tecnológico.

Desta forma, a sociologia organizacional precisa de continuar se adequando ao cenário organizacional visando a qualidade e a produtividade da empresa no mercado. Neste sentido, é extremamente importante que todo o planejamento organizacional seja realizado com eficiência e com eficácia.

É importante salientar que a gestão de pessoas desempenha um papel fundamental e vital no sucesso organizacional. Por este motivo, é importa que a empresa possa ter uma gestão de pessoas

eficiente e eficaz alinhada aos objetivos estratégicos da respectiva empresa.

As relações interpessoais entre a equipe e a motivação tendem a ser fatores a serem considerados na sociologia organizacional. Considera-se que é importante que a empresa possa propiciar um bom relacionamento com os funcionários, pois um bom ambiente de trabalho tende a ser mais produtivo.

Salienta-se que a sociologia organizacional também é influenciada pela cultura da empresa como também pela cultura do país aonde a respectiva empresa está inserida. A sociedade tem, de algum forma, um papel relevante na sociologia organizacional das empresas.

No ponto de vista de mercado, as empresas também têm desafios a serem enfrentados e superados para propiciar a sobrevivência da empresa no mercado. Estas variáveis externas exercem um papel relevante no ambiente organizacional, pois o ambiente organizacional precisa de trabalhar imbuído na solução diante dos desafios externos na respectiva empresa.

Neste sentido, o ambiente organizacional precisa de ter hierarquia e de competências definidas de uma forma clara e objetiva para que a gestão de pessoas possa ter melhores condições de traçar linhas de trabalho exequíveis e sendo efetivas, eficazes e alinhadas aos objetivos estratégicos da respectiva organização.

"A proposta de Gestão por Competências é compreender quais são as competências organizacionais críticas para o sucesso empresarial, desdobrá-las em termos de competências profissionais e desenvolvê-las junto ao quadro de funcionários internos. Trata-se de uma metodologia de gestão moderna, focada nos negócios, no mercado e no desenvolvimento profissional permanente" (RODRIGUES, 2012, 5).

Realmente, a sociologia organizacional é um fator que afeta a gestão de pessoas. Dependendo do contexto, o ambiente organizacional tende a ser um contexto complexo de ser tratado e de ser gerido. Diante de um possível cenário complexo, pode-se considerar que a gestão de pessoas tende a ser uma arte gerencial que exigirá que o gestor tenha equilíbrio e sabedoria em lidar com este ambiente organizacional exemplificado.

5. Conclusão.

Constata-se que a gestão de conhecimento desempenha um papel extremamente importante e várias empresas estão investindo no sentido de ter uma gestão de conhecimento efetiva para melhorar o desenvolvimento dos negócios da empresa.

É importante salientar que para gerir conhecimento, é importante que a empresa possa estruturar todas as informações da respectiva empresa, inclusive as informações dos processos de negócios e de gestão de pessoas, para que a partir de todas estas informações possa subsidiar a gestão do conhecimento de uma forma efetiva e eficaz.

É relevante considerar que a mídia desempenha um papel impactante de influência nas atitudes dos indivíduos. Neste contexto, percebe-se que as atitudes de um indivíduo tendem a serem baseadas no estereótipo, no preconceito e discriminação do respectivo indivíduo.

O cenário e a mecânica lúdica são fatores importantes e que precisam ser considerados para que possa promover um melhor ambiente na execução das atividades relacionadas ao respectivo jogo que foi selecionado previamente.

O ambiente precisa ser preparado para propiciar o desenvolvimento dos indivíduos e o facilitador precisa fomentar participação dos indivíduos promovendo um clima de segurança e abertura entre os participantes.

Conclui-se que a sociologia organizacional é um fator extremamente importante na gestão de pessoas e que precisa ser considerado sob todo o seu aspecto e que não pode ser negligenciado. Constata-se que para realizar uma adequada gestão de pessoas, é importante conhecer a sociologia organizacional e propiciar, dentro do possível, um ambiente organizacional motivado e alinhado com os objetivos organizacionais da empresa.

6. Referências (publicadas nos últimos 5 anos).

FREITAG, B. B., OHTSUKI, C. H., FERREIRA, M. A. de A., FISCHER, A. L., ALMEIDA, K. N. T. - A Gestão de Talentos no campo da Gestão de Pessoas: tema emergente? Revista de Administração da UFSM Capa v.7, n. 4, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/reaufsm/article/view/8417/pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

GONÇALVES, W. A., CORREA, D. A., HIPÓLITO, J. A. M., GIULIANI, A. C. - A remuneração de profissionais de Tecnologia da Informação: Um estudo sobre as práticas adotadas por empresas de informática do Distrito Federal. Revista de Administração da UFSM Capa v.8, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/reaufsm/article/view/17598/pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2016.

MOURA, J. E. D., ESTENDER, A. C., BARBOSA, L. - Práticas de Gestão de Pessoas com ênfase em Motivação. Revista de Administração do UNISAL Capa v.5, n. 8, 2015. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/sj/index.php/RevAdministracao/article/view/421/pdf_27>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

NUNES, V. L., AGUIAR, K. C. A. - Os Princípios para uma Liderança Eficiente. Revista de Ciências Gerenciais Capa v.20, n. 31, 2016. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/rcger/article/view/3879/3227>>. Acesso em: 06 de junho de 2016.

RIBEIRO, I., ROGLIO, K. de D., JUNIOR, J. E. P. - Instrumento para identificação das relações entre estratégias competitivas e práticas de gestão de pessoas. Revista Ciências Sociais em Perspectiva Vol. 12, No 22, 2013. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/view/8286/6212>>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

RODRIGUES, J. M., ABREU, M. C. - Gestão de pessoas: mapeamento de competências. Revista de Ciências Gerenciais Capa v.16, n. 23, 2012. Disponível em: <<http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/rcger/article/view/2039/1942>>. Acesso em: 23 de maio de 2016.

WOLFF, L., CABRAL, P. M. F., LOURENÇO, P. R. M. R. da S. - O papel da liderança na eficácia de equipes de trabalho. Revista Gestão & Tecnologia Capa v.13, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/469/444>>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

WYSE, R. M. - Gestão de Pessoas: dos Primórdios à Atualidade. Revista de Ciências Gerenciais Capa v.19, n. 30, 2015. Disponível em: <<http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/rcger/article/view/3661/3135>>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

OS ERROS SOBRE O TIPO E O ESTAR PROIBIDO E UM POSSÍVEL ERRO SUI GENERIS

THIAGO CARVALHO MARTINS: bacharel em direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior-ASCES e especialista em direito Civil e Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

RESUMO: O escopo do presente artigo é fazer a distinção entre os institutos do erro de tipo e do erro de proibição, e analisar a possível existência de uma terceira espécie de discriminante putativa. Para tal, navega-se, de maneira lacônica, por entre a teoria extremada e limitada da culpabilidade e seus efeitos sobre as discriminantes em questão. Faz-se o estudo dos dois gêneros de erro já consagrados. E, por fim, analisa-se a possibilidade de existência de uma terceira espécie de erro jurídico-penal. O estudo é pertinente tendo em vista que o assunto traz a tona calorosos debates sobre o tema não só na doutrina, como também na jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Erro de tipo. Erro de proibição. Erro sui generis. Penal.

1. Considerações introdutórias

O erro é um instituto que vicia a vontade. Caracteriza-se pela falsa captação da realidade, é um equívoco, logo, possui um caráter positivo. Difere da ignorância por esta ser um total desconhecimento da realidade, ou seja, há uma ausência no saber relativo a determinado objeto.

Prontamente, uma vez que o erro incide sobre o mundo do direito penal, será denominado de erro jurídico-penal ou discriminante putativa. Se ocorrer sobre os elementos estruturais do delito, ou seja, sobre os elementos do tipo penal, será chamado erro de tipo, por outro lado, se incidir sobre a ilicitude do ato, cognominado será de erro de proibição.

Como se pode observar, o erro jurídico penal no tratamento atual pode recair sobre a tipicidade ou a injuricidade do ato[1].

Logo, o estudo do erro é de suma importância, pois, uma vez que admitida a existência de uma discriminante putativa, será necessário analisar, consoante as palavras de Luiz Flávio Gomes[2], “se este exclui o dolo, ou a consciência de ilicitude, se ele projeta seus reflexos sobre a tipicidade, sobre a ilicitude ou sobre a culpabilidade, se são possíveis a participação e a tentativa”.

2 As teorias da culpabilidade

A moderna teoria da culpabilidade, ou seja, a teoria normativa pura da culpabilidade é fruto da teoria finalista da ação, que por sua vez surgiu com o normativismo neokantiano. O finalismo leva a finalidade da conduta ao centro do injusto, sendo assim, retira o dolo e a culpa da culpabilidade. Em consequência a isto, a culpabilidade torna-se um requisito puramente normativo do injusto penal.

Por outro lado, surgem os delitos culposos e dolosos, classificados de acordo com aspectos subjetivos, presentes, agora, na conduta do agente e no injusto penal.

A culpabilidade, no finalismo, pode ser resumida como um mero juízo de reprovação pessoal erguido contra o autor pela realização de um fato contrário ao direito, que, embora houvesse a possibilidade de agir diversamente, assim não o fez[3]. Logo, só se pode dirigir um juízo de culpabilidade para o autor quando este sabe, ou poderia saber, que sua ação era injurídica, e que podia agir de forma diversa.

De acordo com a teoria normativa pura da culpabilidade, são três os requisitos para a sua caracterização. A imputabilidade é a capacidade de o agente escolher suas condutas. O potencial conhecimento da antijuridicidade é o segundo integrante da culpabilidade. Tratava-se de um instituto que era analisado juntamente com o dolo, quando este ainda era pertencente à culpabilidade, sob o aspecto de *dolus malus*. Contudo, com o advento do finalismo, o dolo natural, puramente subjetivo, foi recolocado na tipicidade, restando à culpabilidade o potencial conhecimento da

ilicitude. É sobre este requisito que atua o erro de proibição, caso não haja como o autor prever a injuricidade do ato, excluída estará sua culpabilidade, caso seja-o possível detectar a antijuridicidade de sua conduta, apenas será atenuada a culpabilidade, e, por conseguinte, a punibilidade. Por fim, a inexigibilidade de conduta diversa fecha o rol de requisitos da culpabilidade. Nela analisa-se se o agente, naquela situação, podia ou não agir conforme o direito.

Tendo em vista isso, podemos adiantar nossos estudos para as teorias limitada e extremada, ou estrita, da culpabilidade, e seus reflexos sobre as discriminantes putativas.

A teoria extremada ou estrita da culpabilidade é um reflexo imediato da doutrina finalista da ação. Essa teoria separa o dolo da consciência de ilicitude, transferindo o dolo puramente psicológico (dolo natural) para a tipicidade, e deixando a consciência da ilicitude entre os requisitos da culpabilidade.^[4] A consciência da ilicitude juntamente com a exigibilidade de conduta diversa, passam a ser um puro juízo de valor da conduta do agente, tornando a culpabilidade num pressuposto básico ao juízo de censura.

A consciência da ilicitude e o dolo passam, assim, a ser completamente distintos, logo, com diferentes funções dentro da esfera jurídico-penal. Conseqüentemente, o conhecimento da ilicitude não requer o mesmo caráter imediato de conhecimento da ação referente ao dolo, para aquela basta que o conhecimento seja simplesmente potencial.

Prontamente, os efeitos do erro com a nova estrutura da conduta punível passam por uma modificação, dependendo, agora, de seu objeto. Caso ocorra erro sobre os elementos do tipo, característica do erro de tipo, ocorrerá um vício sobre a vontade, logo, afetado estará o dolo, que será excluído, podendo a conduta, se vencível o erro, ser punida a título de culpa. Entretanto, se o erro incidir sobre o caráter potencial de conhecimento da ilicitude (erro de proibição), o dolo não será afetado, mas sim a culpabilidade, uma vez que o conhecimento da antijuridicidade é elemento desta.

Com esta nova concepção, os efeitos dos dois tipos de erro sofrem mudanças. No erro de tipo afetado estará o elemento intelectual do dolo, ou seja, não haverá previsão, característica inerente ao conceito de dolo. Logo, este tipo de erro, uma vez constatado, excluirá sempre o dolo, mas não afeta a punição a título de culpa. Caso o erro seja invencível, extinta estará a tipicidade, não cometendo o agente sequer um injusto penal.

Quanto ao erro de proibição, afetada estará a consciência da ilicitude, logo, afetada estará também a culpabilidade, uma vez que aquela é elemento desta. Se inevitável, a culpabilidade será afastada, ocorrendo uma conduta típica, antijurídica, mas não censurável, logo, não se configura como crime. Caso seja evitável o erro, a culpabilidade será atenuada, sendo o crime condenado como doloso.

Conforme as palavras de Luiz Flávio Gomes[5], “esta teoria vê todo o erro sobre a antijuridicidade do fato como erro de proibição”. Logo, sua grande vantagem, é evitar lacunas no sistema fragmentário dos fatos puníveis no caso de ignorância vencível da antijuridicidade, na ocorrência de crime culposos.

A teoria limitada da culpabilidade possui vários pontos em comum com a teoria extremada, como por exemplo, ambas situam o dolo na tipicidade e a potencial consciência da ilicitude na culpabilidade; o erro de tipo e o erro de proibição possuem os mesmos efeitos que na teoria antes explicada[6].

Suas divergências apresentam-se quando da análise da aplicação dos erros nas causas de justificação. Como já explicamos, na teoria extremada todo erro sobre uma causa justificativa será caracterizado como erro de proibição, com os seus respectivos efeitos. Para a teoria limitada, haverá distinção entre duas espécies de erro incidentes sobre as causas justificativas. Caso o erro recaia nos pressupostos fáticos, ocorrerá o polêmico erro de tipo permissivo, ou o erro *sui generis*, já, se o erro incidir sobre a existência ou abrangência da justificativa, ocorrerá erro de proibição. Esses erros terão o mesmo efeito já apreciado anteriormente.[7]

Tendo em vista isso, ao adotar-se a teoria limitada, com o erro sobre os pressupostos fáticos (erro de tipo permissivo), que possuem os mesmos

efeitos de um erro de tipo, deve-se entender suas conseqüências quanto a sua aplicação na realidade jurídico-penal. Caso o erro seja invencível, estará excluída sua tipicidade, logo, não será uma conduta antijurídica, devendo a vítima do erro suportá-lo como uma conduta lícita. Outra conseqüência seria a impunidade de um partícipe, uma vez que, pelo princípio da acessoriedade limitada do partícipe, este só é punido quando auxilia uma conduta típica e injurídica. E como última conseqüência, não é punível a tentativa, mesmo que o erro seja vencível e punível a título de culpa, pois não existe tentativa de crime culposos.

Evidencia-se a limitação da teoria limitada para punir casos que venham a cair em erro sobre os pressupostos fáticos das causas justificantes, problema que inexistente se for adotado o erro de proibição. Não obstante, o Código Penal pátrio adota a teoria limitada.

3 Erro de tipo

O erro de tipo incide sobre o elemento do tipo, afetando o requisito cognitivo do tipo penal, o dolo. É a falsa recepção da realidade sobre um dos elementos do tipo penal. É indiferente que o objeto do erro esteja no mundo fático, conceitual ou normaivo-jurídico[8]. O que interessa é que o erro seja sobre a estrutura do tipo penal. Logo, o erro de tipo exclui o dolo, não trazendo nenhuma mácula à culpabilidade, conseqüentemente, se for vencível, será punido a título de culpa, desde que seja previsto como assim punível no tipo penal. Uma observação válida de se fazer é que os crimes omissivos impróprios podem perfeitamente ser alvo do erro de tipo, como por exemplo, quando o agente desconhece a condição de garantidor.

O erro de tipo será essencial quando, conforme as palavras de Eduardo Viana Portela Neves[9], “recai sobre elementares, qualificadoras, causas de aumento de pena e agravante, ficando-as excluídas se o erro foi escusável”. Logo, no erro de tipo essencial o agente não tem plena consciência, ou nenhuma, que está cometendo um ilícito penal. O erro essencial pode ser escusável (invencível), quando, mesmo o agente tendo usado a diligência necessária para recepcionar o entendimento da realidade, esta seja capitada de forma errônea, fazendo o agente cometer um ilícito

crendo que age conforme o direito. A escusabilidade do erro de tipo essencial afasta a tipicidade da conduta.

Se for inescusável (vencível), significa que o agente incidiu em erro por não ter tomado todas as diligências necessárias para evitar o equívoco. Logo, será o agente punido, todavia, de forma mais branda, mais especificamente, responderá por crime culposo, caso a lei o preveja.

O erro de tipo pode incidir não sobre o caráter ilícito do crime, mas sim sobre elementos secundários do tipo penal, tendo completa noção de que sua atitude é ilícita. Esses equívocos são denominados de erro de tipo accidental. Podem recair sobre o objeto, quando o agente acredita está praticando o crime em face de determinado objeto, mas por uma razão qualquer pratica a ação em face de outro. Responderá penalmente pela intenção do objeto inicial.

Pode incidir sobre a pessoa, no qual deseja agir contra determinada pessoa, mas age sobre outra, pensando ser aquela. Responderá pela intenção. Poderá haver erro na execução do crime, quando o agente, por falha na execução, atinge terceiro que estava fora de seus planos. Responderá pela intenção, caso o resultado seja único, no entanto, se for composto, responderá dolosamente pelo principal e culposamente pelos secundários.

O erro accidental pode ocorrer ainda sobre a causa. Ou seja, quando o agente pensando já ter cometido o delito, realiza conduta posterior que será responsável pela real concretização do ilícito. Será caso de aplicação do dolo geral. E, por fim, o erro accidental pode recair sobre um resultado diverso do pretendido. Neste caso o agente deseja atingir determinado bem jurídico, mas termina atingindo outro. Se houver resultado único, só responderá a título de culpa pelo resultado diverso atingido, entretanto, caso haja resultado composto, responderá com dolo pelo pretendido e com culpa pelo diverso.

Quando o erro sobre elementos do tipo recair sobre um tipo incriminador será chamado de erro de tipo incriminador, mas quando recair sobre uma causa justificativa será chamado erro de tipo permissivo. Este último merece uma atenção especial dentro desse trabalho, pois possui

peculiaridades que o tornam uma espécie intrigante. Por isso, será tratado com mais propriedade em um título próprio no decorrer do estudo.

4 Erro de proibição

O erro de proibição caracteriza-se por um desconhecimento na antijuridicidade da conduta. Ou seja, o agente atua sem consciência de que está agindo de forma ilícita. O erro recai na contradição entre o fato e a norma. O erro de proibição é o desconhecimento da injuricidade de uma ação típica conhecida pelo autor, ou seja, o agente sabe ser a conduta típica, contudo, não tem consciência de sua antijuridicidade. Logo, conforme ensina Mirabete[10], o erro de proibição não diz respeito à tipicidade ou ao tipo penal, mas tão somente à injuricidade.

Culpabilidade traz intrínseco o sentido de reprovação, logo, se desconhecida for a antijuridicidade, e impossível se fazia conhecê-la, o erro de proibição será escusável, sendo afastada a culpabilidade. Contudo, se for possível o potencial conhecimento da injuricidade, o erro sobre o estar proibido será inescusável, sendo a culpabilidade atenuada e a pena diminuída. Logo, conforme leciona Bitencourt[11], “consciência real = punição normal; consciência potencial = punição reduzida; ausência de potencial consciência = absolvição.”

Assim como existem espécies de erro de tipo, existem também espécies de erro de proibição. O primeiro a se destacar é o erro de proibição direto. Neste, o agente engana-se quanto à injuricidade de uma norma proibitiva. Logo, sua ação típica e antijurídica, podendo também ser reprovável, de forma atenuada, é comissiva. Vale ressaltar que nada impede que ocorra erro de proibição em crimes culposos, pois nada obsta que o agente equivoque-se quanto ao dever objetivo de cuidado[12].

O erro de proibição pode recair sobre uma norma mandamental, ou seja, aquela em que configura a omissão como crime. Nesses casos há de falar-se em erro mandamental. Ou seja, o agente não tem o discernimento de que sua omissão trata-se de uma ação antijurídica. O erro mandamental pode incidir sobre os crimes omissivos próprios ou impróprios. Pode atacar também crimes comissivos por omissão quando nestes errar sobre a

existência do dever ou sobre os limites do dever presentes na norma mandamental.

O erro de proibi o pode ainda ser indireto, sendo denominado também de erro de permissão. Ocorre quando o autor da a o acredita que seu ato, apesar de em outras circunstâncias ser ilícito, nesta, será amparada por uma excludente de antijuridicidade, ou seja, o agente imagina estar sob a sombra de uma causa de justific o. Como já foi exposto antes, na teoria extremada, ou estrita, todo erro sobre uma justificante será considerado de proibi o, logo, todo erro sobre uma excludente de antijuridicidade será um erro de permissão. Todavia, a guisa da teoria limitada, não sendo o erro sobre os pressupostos fáticos da justificante, hipótese de erro de tipo permissivo, mas sobre a existência, a natureza, a abrangência ou os requisitos daquela, o erro incidirá sobre a norma, logo, ocorrerá o erro de permissão.

5 Erro sobre os elementos normativos especiais da ilicitude

Desde início, cabível se faz esclarecer o que   o elemento normativo especial da ilicitude, uma vez que pode ser confundido com os elementos normativos do tipo. Estes são requisitos constitutivos do tipo penal, enquanto aqueles, embora façam parte da descri o do delito, referem-se   ilicitude, caracterizando, assim, um elemento *sui generis* do fato t pico, uma vez que tanto fazem parte da descri o do crime, como referem-se diretamente a ilicitude[13]. Apresentam-se no tipo penal sob a forma de vocábulos abertos, com significados abrangentes e bastante subjetivos.

Há grande divergência na doutrina quando se trata de qual erro incide sobre o elemento normativo especial da ilicitude. Parte defende que o erro   de tipo, uma vez que o equívoco recai tão somente neste. Por outro lado, defende-se o erro de proibi o como o correto, uma vez que tais elementos tratam justamente da ilicitude da conduta.

Para Roxin[14] o erro sobre essas elementares normativas da ilicitude podem ser ora de tipo e ora de proibi o, conforme se relacione com as circunstâncias determinantes do injusto penal ou apenas  

injuricidade da conduta. Logo, devia-se analisar caso a caso fazendo uma valoração semelhante à realizada no caso do erro de tipo permissivo da teoria limitada, tornando a distinção entre um e outro caso no mínimo árdua.

Welzel^[15], na defesa de uma corrente minoritária, defendia que os elementos em estudo são elementos do dever jurídico, logo, diziam respeito tão somente à injuricidade, ficando fadados ao erro de proibição. Entretanto, a sustentação doutrinária do referido autor fere o caráter fechado da tipicidade, uma vez que deve abranger todos os elementos do tipo penal.

Contudo, reconhecendo-se que o tipo penal é um todo fechado, e que os elementos normativos especiais dele fazem parte, mesmo com seu caráter referente à ilicitude, conclui-se que um erro sobre um elemento presente no tipo, sendo ele específico deste ou normativo especial, será um erro sobre o tipo. Ou seja, entende-se que o erro que recaia sobre o elemento normativo especial, por este fazer parte do tipo penal e, conseqüentemente, descrever o delito, direcionando assim o dolo, será tão somente um erro de tipo.

6 Erro de tipo permissivo, um possível erro *sui generis*

Fala-se em erro de tipo permissivo quando o equívoco jurídico recair sobre um pressuposto fático de uma causa justificava.

Este gênero de erro é alvo de discussões calorosas entre doutrinadores de todo o mundo. As divergências estão no âmbito da natureza do erro de tipo permissivo, existindo correntes que o defendem como sendo de proibição, outra afirmando ser erro de tipo, e uma terceira garantindo ser um erro peculiar.

Para a teoria extremada, ou estrita, da culpabilidade, todos os erros incidentes sobre as causas justificantes seriam erros de proibição. Logo, não importa se o erro recai sobre a existência, abrangência ou pressupostos fáticos da justificante, uma vez que atinja a excludente de antijuricidade, o erro será de proibição.

O Código Penal brasileiro adota a teoria limitada da culpabilidade. Nesta, os erros sobre uma causa de justificação são denominadas erro de tipo permissivo. Caso o erro seja inevitável, será tratado como um erro de tipo incriminador, ou seja, será tratado como um erro de tipo no sentido mais puro do termo. Contudo, se o erro de tipo permissivo for inescusável, não será considerado um erro de tipo, mas por conta de sua similitude com o erro de tipo, analogicamente se equipará a este. O ponto negativo desse entendimento é que o erro de tipo exclui o dolo, uma vez excluído este, não será permitida a participação em sentido estrito^[16]. E caso o erro seja escusável, excluída a tipicidade, conseqüentemente, inexistirá ilicitude, logo a vítima da conduta equivocada terá que suportá-la sem usar das justificantes, pois não está sendo contra ela desferida uma conduta sequer antijurídica.

Segundo a teoria do erro orientado às conseqüências, o equivoco sobre os pressupostos fáticos de uma causa justificante, embora tenha o agente dolo em sua conduta, deve sofrer as conseqüências jurídicas de um crime culposo. Podendo ser comparado ao erro de proibição indireto, pois ambos se fundamentam na diminuição do desvalor da ação. Contudo, quem age com erro de tipo permissivo tem em mente que sua ação está de acordo com o direito, caso inexistente nas hipóteses de erro de proibição indireto. Em caso de equívoco nos pressupostos de causa justificante o que haverá é um exame descuidado da situação, enquanto que no erro de proibição indireto ocorrerá a falta de uma atitude jurídica^[17].

Logo, não haverá afastamento do dolo no erro de tipo permissivo, uma vez que o agente conhece o tipo penal e seu desempenho. Conseqüentemente, o que afetará a atitude do autor é tão somente uma falta de atenção, correspondendo assim a uma afetação em sua culpabilidade, a um juízo de reprovação de crime culposo.

Sob a égide do Código Penal brasileiro, o erro de tipo permissivo é tratado no art. 20, § 1º. Este dispositivo trata em *seu caput* do erro de tipo, e neste parágrafo faz menção ao erro de tipo permissivo, contudo vela que suas conseqüências serão de erro de proibição.

Ora, se o erro de tipo permissivo caracteriza-se como erro de tipo e tem conseqüências de erro de proibição, o que ele é afinal de contas, um erro de tipo ou um erro de proibição?

Para Bitencourt[18] é bem claro que “não seria exagero afirmar que o ‘erro de tipo permissivo’ constitui uma terceira espécie de erro. Seria um misto de erro de tipo com erro de proibição”. Ou seja, o referido erro em questão estruturalmente se assemelha a um erro de tipo, tendo em vista que se refere a elementos descritivos e normativos de um tipo penal. Todavia, quanto a suas conseqüências, o erro de tipo permissivo comporta-se como um verdadeiro erro de proibição, não interferindo no reconhecimento da tipicidade.

Prontamente, o erro de tipo permissivo em sua análise inicial caracteriza-se como erro de tipo, contudo, em suas conseqüências apresenta-se como um erro de proibição. Desta forma é com clareza que se afirma estar diante de um erro diverso, ou seja, um erro que foge aos gêneros do de tipo e de proibição. Presencia-se uma terceira espécie de erro, um erro *sui generis*, que estruturalmente apresenta verossimilhança maior com o erro de tipo que com o de proibição, mas que também se assemelha a este, uma vez que a causa justificativa exclui a antijuridicidade, propriedade sobre a qual se debruça o erro de proibição. Quanto aos resultados, apesar de guardar maior semelhança estrutural com o erro de tipo, o erro em questão funciona como um erro de proibição propriamente dito, afetando apenas a culpabilidade do agente.

Arremata-se que o erro *sui generis* não exclui o dolo, permanecendo a tipicidade intocada. Seu objeto de atuação é a censurabilidade, afastando a culpabilidade dolosa, caso o erro peculiar seja evitável, e igualmente a culposa, caso seja invencível[19]. Claro fica também que o erro de tipo permissivo não tem a mesma natureza que um erro de tipo propriamente dito, uma vez que têm conseqüências diferentes, e não se trata de um erro de proibição, apesar de terem as mesmas conseqüências, pois são estruturalmente diversos. Logo, inexoravelmente, o erro de tipo permissivo não é um erro de tipo propriamente dito, e nem um erro de proibição, ficando claro ser um erro peculiar, um erro *sui generis*.

7 Escusabilidade de alguns erros

Consoante Assis Toledo^[20] há quatro espécies de erro que não podem ser considerados escusáveis. O primeiro é o erro sobre a eficácia da norma, no qual o agente não aceita a legitimidade da norma penal por entender estar ela em contradição com outra de nível superior. Outra espécie que não poderia ser escusável é o erro sobre a vigência, na qual o indivíduo desconhece um preceito legal, alegando que por ela ter sido recentemente publicada, ainda não deu tempo de se informar a respeito. Um terceiro caso seria o erro sobre a subsunção, na qual o agente imagina que sua ação não se enquadra no tipo penal. Por fim, o erro sobre a punibilidade, que se caracteriza por o agente saber que sua conduta é típica e antijurídica, mas imagina que não seja punível criminalmente.

Fora esses casos citados acima, não podem alegar erro escusável os agentes que tem o dever especial de se informar para poder praticar determinadas condutas. Para este tipo de indivíduo, realizar determinadas condutas requer informação sobre a licitude ou injuricidade do ato, deste modo, não pode alegar que não sabia do caráter ilícito, incidindo sobre um erro escusável, pois tinha o exposto dever de informar-se. Exemplo de agentes que têm dever de informar-se sobre a licitude de suas ações são os políticos. Antes de exercerem qualquer ato, devem buscar na lei penal a permissão para realizá-los, pois, caso incidindo em erro, jamais poderão alegar que não tinham a possibilidade de alcançar o potencial conhecimento de ilicitude, pois têm o dever de informar-se.

8 Conclusão

O erro é uma falsa captação da realidade, diferenciando-se, assim, da ignorância por esta ser um total desconhecimento do real. Ou seja, o erro tem caráter positivo, enquanto a ignorância tem caráter negativo.

A teoria finalista remodelou os elementos do delito. Com essas mudanças, surgiu a teoria extremada da culpabilidade, que passou a ser puramente normativa e estritamente com caráter de censurabilidade. O grande mérito desta teoria é evitar injustiças quanto à aplicação das discriminantes putativas, por vez que considera todo equívoco sobre as justificantes como erro de proibição.

A teoria adotada pelo Código Penal pátrio é a limitada. Esta aceita tanto o erro de tipo, quanto o de proibição nas causas justificativas. O erro de tipo será chamado de erro de tipo permissivo, e ocorrerá quando o equívoco recair sobre os pressupostos fáticos da justificante, restando ao erro de proibição se ocupar dos equívocos restantes. A aceitação de erro de tipo nas justificantes acarreta injustiças impedindo a punição por tentativa, e, por vezes, impossibilitando a punição de participação e o uso das causas de justificação por conta da vítima.

O erro de tipo é um equívoco sobre as elementares do tipo, logo, exclui o dolo, podendo ser punível por culpa. Pode ser essencial, caso em que recairá sobre os próprios elementos do tipo, classificando-se em escusável (invencível) ou inescusável (vencível). Pode ser também accidental, caso em que o equívoco incidirá sobre elementos secundários do tipo penal. Esse gênero de erro de tipo não beneficia em nada o criminoso. Pode incidir sobre a pessoa, o objeto, a causa ou o resultado.

O erro de proibição é a falha na captação da injuricidade do ato, logo, podendo excluir ou atenuar a culpabilidade. Pode ser escusável (invencível) ou inescusável (vencível). O erro de proibição pode ser direto (sobre norma proibitiva), mandamental (sobre norma mandamental) ou indireto, também chamado de erro de permissão (sobre causa justificativa).

Os elementos especiais da ilicitude são conteúdo do tipo penal. Sendo este um todo fechado, o erro que incidir sobre tais elementos será caracterizado como erro de tipo.

O erro de tipo permissivo é aquele que incide sobre os pressupostos fáticos das causas justificantes. Contudo, apesar de se caracterizar por um equívoco em elementares do tipo, o que o daria natureza de erro de tipo, exala consequências de erro de proibição. Logo, não se enquadra à natureza do erro de tipo, e muito menos a do erro de proibição, tratando-se de um erro peculiar, *sui generis*.

Alguns erros jamais podem ser escusáveis. São eles os que incidem sobre eficácia e vigência da norma, a subsunção e a punibilidade da conduta. Também não é escusável o erro de quem tem o dever especial de se informar.

9 Bibliografia

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição*, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 36, 1º edição, São Paulo.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 462; 10º edição; São Paulo.

GOMES, LUIZ FLÁVIO, *Erro de tipo e erro de proibição: e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação*. Ed. RT, 1996, p. 28, 3ª edição – São Paulo.

MAURACH, Reinhart *et alii*; *Tratado de Derecho Penal*; Trad. Córdoba Roda; Ed. Ariel; 1962; p. 336; v. 1; Barcelona.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*; Ed. Atlas; 1991; p. 191; 6ª. edição revista e atualizada; Volume I; 1991; São Paulo.

NEVES, Eduardo Viana Portela. *Desmistificando o erro de tipo e erro de proibição* . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 285, 18 abr. 2004. Disponível em: . Acesso em: 10 de agosto de 2007.

ROXIN, Claus, *Teoria Del Tipo penal*; Ed. Depalma; 1979; p. 217; Buenos Aires.

TOLEDO, Francisco Assis, *O erro no Direito Penal*; Ed. Saraiva; 1977; p. 100 e s; São Paulo.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*; Trad. Juan Bustos e Sergio Yáñez Pérez; Ed. Jurídica de Chile; 1970; Santiago.

NOTAS:

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 462; 10º edição; São Paulo.

[2] GOMES, LUIZ FLÁVIO, *Erro de tipo e erro de proibição: e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação*. Ed. RT, 1996, p. 28, 3ª edição – São Paulo.

[3] BITENCOURT, Cezar Roberto, *Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição*, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 36, 1º edição, São Paulo.

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 468; 10º edição; São Paulo.

[5] GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição: e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação*. Editora RT, 1996, p. 84, 3ª edição; São Paulo.

[6] BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 469; 10º edição; São Paulo.

[7] *Idem*.

[8] MAURACH, Reinhart *et alii*; *Tratado de Derecho Penal*; Trad. Córdoba Roda; Ed. Ariel; 1962; p. 336; v. 1; Barcelona.

[9] NEVES, Eduardo Viana Portela. *Desmistificando o erro de tipo e erro de proibição*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 285, 18 abr. 2004. Disponível em: . Acesso em: 10 de agosto de 2007.

[10] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*; Ed. Atlas; 1991; p. 191; 6ª. edição revista e atualizada; Volume I; 1991; São Paulo.

[11] BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 485; 10º edição; São Paulo.

[12] BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 485/486; 10º edição; São Paulo.

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 476; 10º edição; São Paulo.

[14] ROXIN, Claus, *Teoria Del Tipo penal*; Ed. Depalma; 1979; p. 217; Buenos Aires.

[15] WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*; Trad. Juan Bustos e Sergio Yáñez Pérez; Ed. Jurídica de Chile; 1970; Santiago.

[16] BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 480; 10° edição; São Paulo.

[17] *Idem.*

[18] BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 482; 10° edição; São Paulo.

[19] BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal-Parte geral*; Ed. Saraiva; 2006; p. 482; 10° edição; São Paulo.

[20] TOLEDO, Francisco Assis, *O erro no Direito Penal*; Ed. Saraiva; 1977; p. 100 e s; São Paulo.

A ILEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM SUPEDÂNEO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM DECORRÊNCIA DO CLAMOR SOCIAL

TADEU TRANCOSO DE SOUZA: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI. Pós-graduado em Direito Processual. Advogado.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a ilegalidade da prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, em decorrência do clamor social gerado pela infração penal. Para tal desiderato, serão realizadas breves considerações sobre a prisão preventiva. Por conseguinte, serão cotejados entendimentos doutrinários acerca da matéria. Por fim, verificar-se-á o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça acerca da problemática.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Garantia da Ordem Pública. Clamor Social. Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações sobre a prisão preventiva. 2. Requisito Garantia da ordem pública. 3 A interpretação do requisito Garantia da ordem pública sob a ótica do clamor social. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente trabalho guarda a legítima expectativa de apresentar ao leitor de forma resumida a origem da prisão preventiva, notadamente sob a ótica Constitucional de presunção de inocência.

Parte-se desta forma, da análise extremamente peculiar da relativização do estado de inocência ancorado em nível de Direitos e

Garantias Fundamentais pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Ultrapassada a fase introdutória e de compreensão da autorização desta segregação cautelar, será inaugurado o cerne deste trabalho, sendo a interpretação legal – de baixa contextualização, de um dos requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, qual seja, a ‘garantia da ordem pública’, positivado no artigo 312, do Código de Ritos Penais.

Ato contínuo, por ocasião da provocação realizada, proceder-se-á ao estudo cirúrgico do requisito que sedimenta a elaboração deste artigo, em especial, o reflexo promovido pelo ‘clamor social’, no momento em que os operadores do direito necessitam apreciar o cabimento desta modalidade segregatória em crimes de grande repercussão – principalmente aqueles que envolvem vítimas ou autores famosos.

Por fim, já em sede conclusiva, será apresentado o posicionamento do autor deste estudo, fazendo análise comparativa das interpretações existentes, privando sempre por uma visão interpretativa sob a ótica do direito constitucionalizado.

É de curial importância revelar que as informações de maiores relevância trazidas no estudo, serão corroboradas com entendimento dos principais doutrinadores processualistas penais, bem como apresentar-se-á a utilidade e aplicação prática do instituto, através do repertório jurisprudencial contido no bojo do trabalho.

1. Breves considerações sobre a prisão preventiva

Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou positivado no ordenamento jurídico pátrio o princípio de Presunção de Inocência daqueles jurisdicionados submetidos ao constrangimento da Ação Penal, cunhado no artigo 5º, inciso LVII do Texto Maior.

Ocorre que, conquanto a garantia elevada a nível constitucional de presunção de inocência, o Código de Ritos Penais estabelece situações específicas em que se admite a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória a título preventivo/cautelar.

Cumpra enaltecer que referida modalidade de segregação deve respeitar integralmente as normas estatuídas no Código de Processo Penal, bem como em demais diplomas que regulamentam a matéria, haja vista se tratar da privação de liberdade de indivíduo tecnicamente inocente.

Merece destaque na seara da prisão preventiva a redação incerta no artigo 312 do Código de Ritos Penais, dispositivo que informa as circunstâncias e condições imprescindíveis para a decretação da Prisão Preventiva.

Válido ressaltar também, que a prisão preventiva se qualifica como de natureza cautelar – consoante já exposto, ao passo que, a partir do momento que se perde de vista os elementos fáticos que sustentavam a manutenção deste decreto cautelar, deverá o jurisdicionado ser imediatamente posto em liberdade.

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro, embora relativize a garantia constitucional de presunção de inocência, não subtrai do indivíduo de forma banal seu direito individual de liberdade, regulamentando de forma ríspida as hipóteses em que caberá a decretação de prisão preventiva, enaltecendo de maneira positivada o dever da autoridade judicial de revogar a segregação cautelar quando não mais existentes as razões que lhe sedimentaram quando do decreto prisional.

2. Requisito garantia da ordem pública

Ultrapassada a fase introdutória e de suporte científico para análise deste artigo, chega-se ao ápice do trabalho, que é a análise de um dos requisitos da decretação da prisão preventiva, sendo **agarantia da ordem pública**.

A expressão ‘garantia da ordem pública’ se constitui como polissêmica, tendo sido interpretada de formas distintas por alguns doutrinadores, ademais, não se tem um conceito exato do significado, cabendo ao intérprete, esmiuçá-lo.

Em decorrência da compatibilidade de argumentação se verificará que o trabalho estará se filiando ao posicionamento defendido, principalmente, pelo professor Nestor Távora, haja vista ser de melhor favorecimento ao investigado ou acusado, tendo em vista sua ótica constitucional.

Convém ressaltar também que Tourinho Filho, é adepto à corrente sustentada pelo doutrinador anteriormente citado, de vez que assoalha o entendimento de que a opinião social ou da própria mídia, não se confunde jamais com o caráter cautelar da prisão em estudo.

Vale registrar que há interpretações no sentido de que a prisão cautelar com esteio na 'garantia da ordem pública' se prestará também para acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, aos fundamentos de que se trataria de uma 'resposta' à sociedade de que o Poder Judiciário não permanece inerte frente à violação das normas penais.

Irremediavelmente cumpre destacar que a doutrina em grande maioria repudia a decretação da segregação cautelar com esteio na garantia da ordem pública, na expectativa de proteger o acusado, ademais, sabe-se que o dever de guarda e tutela dos jurisdicionados é do Estado, não podendo, em hipótese alguma, esta responsabilidade ser transferida ao acusado de um delito.

Compete ainda evidenciar, diga-se de maneira exaustiva, a margem interpretativa calcada na reunião de fatores que sedimentaria a subsistência do requisito garantia da ordem pública.

É que se afastando da principal corrente de ótica Constitucional, revelada notadamente pelo doutrinador Nestor Távora, se verifica que a segunda melhor fonte interpretativa, seria a aglutinação de causas extraídas via interpretação do artigo 312 do Código de Processo Penal – em específico o requisito em estudo, no escopo de justificar eventual segregação cautelar.

Por fim, após as digressões executadas, ultrapassadas as interpretações diversas do requisito que serve de fundamento para o

presente trabalho, colima-se a corrente doutrinária de maior compatibilidade particular.

Nestor Távora, (2013 p. 581/582):

Não se tem um conceito exato do significado da expressão **ordem pública**, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado. Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinqüindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranqüilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinqüindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento. A mera existência de antecedentes criminais também não seria, por si só, um fator de segurança, afinal, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, o simples fato de já ter sido indiciado ou processado, implica no reconhecimento de maus antecedentes. Obriga-se assim ao magistrado contextualizar a prisão e seu fundamento. Se os maus antecedentes, ou outros elementos probatórios, como testemunhas e documentos, revelam que o indivíduo pautou o seu comportamento na vertente criminosa, permitindo-se concluir que o crime apurado é mais um, dentro da carreira delitativa, é sinal de que o requisito encontra-se atendido.

[...]

Filiamo-nos, como já destacado, à corrente intermediária, conferindo uma interpretação constitucional à acepção da ordem pública, acreditando que ela está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade. Destarte, a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional. Cabe ao técnico a frieza necessária no enfrentamento dos fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa desaguar na punição adequada, o que só então permitirá a segregação. Caso contrário, estaríamos antecipando a pena, em verdadeira execução provisória, ferindo de morte a presunção de inocência.

Nem se diga que a liberdade do infrator durante a persecução penal poderia afetar a imagem da justiça. **Ora, sentimento popular não pode pautar a atuação judicial com repercussão tão gravosa na vida do agente. A política de ‘boa vizinhança’ com a opinião pública ou com a imprensa não pode levar ao descalabro de colocarmos em tabula rasa as garantias constitucionais, em prol da falaciosa sensação de segurança que o encarceramento imprimiria. A imagem do Judiciário deve ser preservada, com a condução justa do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com sua liberdade.**

Advirta-se, por fim, que a preventiva não poderá ser decretada para preservação da integridade do próprio suspeito, por medo de que seja linchado ou assassinado por familiares da vítima. A toda evidência, a prisão não pode significar fator de preservação da integridade física do criminoso, cabendo ao Estado

promover as condições necessárias para assegurá-la. (Grifou-se).

Filiando-se ao entendimento patrocinado pelo doutrinador supra, assenta-se a jurisprudência:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. A prisão cautelar, ex VI do [art. 312 do código de processo penal](#), é medida extrema e excepcional, sendo imprescindível, para sua decretação, em face do princípio constitucional da inocência presumida, que seja apontada, concretamente, sua necessidade, bem assim sejam indicados, objetivamente, os requisitos autorizadores da constrição. 2. **Não pode o magistrado tecer considerações abstratas, sem comprovar a existência dos pressupostos e motivos autorizadores da medida cautelar, com a devida indicação dos fatos concretos legitimadores de sua manutenção, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.** 3. In casu, a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, mantida pelo acórdão recorrido, apesar de a folha de antecedentes do recorrente não apresentar qualquer intercorrência penal, está motivada na garantia da ordem pública, em face de supostos antecedentes e reincidência, o que indicaria sua personalidade voltada para a prática de delitos. 4. Recurso provido para revogar a prisão preventiva decretada contra o recorrente, com aplicação de medidas cautelares do [art. 319 do código de processo penal](#), conforme ressaltado no voto. (STJ; RHC 37.912;

Proc. 2013/0153892-2; MG; Quinta Turma; Rel^a Min^a Laurita Vaz; DJE 21/06/2013; Pág. 1382). (Grifou-se).

3. A interpretação do requisito garantia da ordem pública sob a ótica do clamor social

O estudo realizado no capítulo anterior possibilitou a verificação de interpretações distintas do requisito ‘garantia da ordem pública’, insculpido no artigo 312 do Código de Ritos Penais.

Exatamente no bojo destas interpretações é que advém a exegese sob a ótica do clamor social provocado por determinado delito, tema este, inclusive já abordado superficialmente pelos doutrinadores apontados no tópico anterior.

Todavia, por ocasião do reflexo direto no cerne deste trabalho, exige-se uma avaliação verticalizada do tema em estudo, ao passo que a ilegalidade suscitada pelo trabalho advém justamente dos efeitos deste ‘clamor social’, pautado na análise do texto legal, merecendo, portanto, um item específico para tratar o tema.

É que conforme bem registrado nas linhas anteriores, por vezes, a repercussão de um delito por meio – em regra da imprensa, surte no meio social acaloradas opiniões sobre o meio empregado na prática criminosa, como a própria infração em si.

É nesta seara que alguns doutrinadores, na expectativa de ofertarem subsídios aos executores da atividade jurisdicional, sustentam que este ‘clamor público/social’, provocado pela prática de um crime, seria também suficiente à ensejar o decreto prisional, calcado na garantia da ordem pública – requisito incerto no corpo do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Vale colacionar a lição exarada por Guilherme de Souza Nucci (2013 p. 670) acerca deste reflexo social em decorrência da prática criminosa:

[...] Entretanto, **não menos verdadeiro é o fato de que o abalo emocional pode dissipar-se pela sociedade**, quando o agente ou a vítima é pessoa

conhecida, fazendo com que os olhos se voltem ao destino dado ao autor do crime. (Grifou-se).

Sob a ótica ponderada nos parágrafos anteriores, capitaneada pelo doutrinador citado acima, é que se verifica a possibilidade de decretação da prisão preventiva em decorrência deste clamor – opinião, ovulada pelo delito praticado pelo agente.

Inimaginável perder de vista, que a doutrina mantenedora desta corrente interpretativa – possibilidade de decretação de prisão preventiva com supedâneo na garantia da ordem pública, em decorrência do clamor social, alimenta a expectativa de que assim procedendo, o Judiciário estaria respondendo aos jurisdicionados na medida de sua repudia ao fato criminoso ocorrido.

O que se pretende em verdade – norteado por esta linha de raciocínio, seria zelar pela imagem do Poder Judiciário, na aplicação pronta e eficaz da lei penal, notadamente nos casos em que a população – especialmente do distrito da culpa, pugna e aguarda providências imediatas.

É o que se deflui dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2013 p. 670):

Nesse aspecto, a decretação da prisão preventiva pode ser uma necessidade para a garantia da ordem pública, pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave, envolvendo pessoa conhecida (autor ou vítima). Se a prisão não for decretada, o recado à sociedade poderá ser o de que a lei penal é falha e vacilante, funcionando apenas contra réus e vítimas anônimas.

Na mesma esteira lógica, acompanha Fernando Capez (2010 p.323):

A prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, **ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.**

No primeiro caso, há evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos.

Na segunda, a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, e de tal forma que, havendo ‘fumus boni iuris’, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo. (Grifou-se).

A hermenêutica polissêmica do conceito inserido em um dos requisitos de decretação da segregação cautelar a título de preventiva, oferece à atividade judicante à interferência subjetiva do aplicador da Lei, de sorte que se verificará inúmeras decisões aparentemente conflitantes em meio aos órgãos jurisdicionais.

Isto ocorre, haja vista a possibilidade de interpretação subjetiva do requisito em estudo, como se representado com fundamento no clamor social provocado pelo crime executado pelo agente, e, noutra giro, a exegese de ótica Constitucional, claramente visualizada, no sentido de que se representaria tão somente diante da probabilidade do sujeito ativo do delito tornar à prática criminosa.

Inobstante a oscilação em sede de Juízes de Direito e Tribunais Estaduais ou Regionais, se depreende uma unicidade interpretativa junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça e o Excelso Supremo Tribunal Federal, obviamente, sob o crivo interpretativo Constitucional do requisito sob exame.

Entrementes, não raro a mídia surpreende com informações dando conta de que um determinado fato criminoso ocorrido abalou determinado meio social, e, ao se verificar atos processuais desencadeados deste delito, já sob a ótica acadêmica, se depreende o

cerceamento da liberdade de locomoção do indivíduo, em decorrência deste espalhamento apresentado pelos meios de comunicação.

Se verificará, portanto, que a segregação do agente – propulsor de um fato criminoso, ocorrerá especificamente em decorrência da repercussão causada pelo delito, e o conseqüente clamor social/público, aludido pela doutrina acostada nos parágrafos anteriores.

Observe-se a fixação interpretativa da corrente delineada neste capítulo, consoante o julgado abaixo colacionado:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem consagrado o entendimento de que o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito e o clamor ou comoção social não constituem, por si sós, fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva (V.g. HC nº 44.833/MT, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON Dipp, DJ de 19/09/2005). 2. Na espécie, porém, a segregação questionada encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública. Conforme salientado, é de se observar a "extrema violência e frieza empregadas no delito", uma vez que o Paciente disparou espingarda contra a vítima na residência onde moravam juntos, o que efetivamente causou temor generalizado na família e na pequena cidade de Comendador Gomes/MG. 3. **É importante ressaltar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que "o modus**

operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive, hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregac o cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social" (RHC 15.016/SC, 5  Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 09/02/2004). Precedentes do STJ e STF. 4. Ordem denegada. (STJ; HC 198.499; Proc. 2011/0039262-9; MG; Quinta Turma; Rel  Min  Laurita Hilário Vaz; Julg. 13/12/2011; DJE 01/02/2012). (Grifou-se).

Conclusão

Com base nos argumentos expostos, depreende-se que a Constitui o Federal assegura em nível de Direitos e Garantias Fundamentais o estado de presun o de inocência dos jurisdicionados, e ainda, seu direito de ir e vir, ao passo que a inclusão da prisão cautelar – configurando-se a partir daí modalidade de execu o provisória de pena, reclama por observância de regras Constitucionais.

Exatamente nesse contexto   que se depreende a mitiga o do estado Constitucional de presun o de inocência, em se tratado de necessidade da segregac o cautelar – espécie Preventiva, imperativamente, quando verificados os requisitos e pressupostos insculpidos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

A aprecia o dos pressupostos e requisitos da Prisão Preventiva no presente estudo transcorreu de maneira tranquila, até depara-se com um destes, sendo o cerne do trabalho, qual seja, ‘a garantia da ordem pública’, previsto no artigo 312, do Código de Ritos Penais.

Se percebeu a celeuma interpretativa que recai sobre referido requisito, haja vista que se faz presente sua exegese sob as mais diversas margens interpretativas, de vez que a própria legisla o processual penal, em si, não delimitou a abrangência hermenêutica, ficando   cargo dos operadores do direito.

Entretanto, imperioso revelar que o sistema jurídico deve ser analisado como um conjunto acoplado e interligado, ao passo que, notadamente as normas infraconstitucionais – incluindo-se aqui o Código de Processo Penal que regula a prisão preventiva, devem guardar continência ao texto promulgado pelo legislador Constituinte, haja vista estar se tratado do direito à liberdade de locomoção dos indivíduos.

A expectativa conclusiva não caminha aqui, no sentido de que se deveria promover uma unicidade interpretativa do requisito ‘garantia da ordem pública’ – fundamentador da prisão preventiva, uma vez que nem mesmo a legislação processual penal se desincumbiu deste ônus, quiçá o intérprete, que, não obstante as fortes correntes jurisprudenciais e doutrinárias já firmadas, não atraem para si, a força vinculante.

Todavia, é de curial importância que o operador do direito não extrapole a margem interpretativa do requisito em estudo, considerando que, conforme já explanado em linhas anteriores, o sistema jurídico deve ser apreciado de forma conjunta, sempre submissa ao texto Constitucional, haja vista estar mitigando o direito à liberdade do indivíduo.

Inadmissível que uma mera opinião pública emitida através do clamor social, se preste a nortear a restrição deste direito, uma vez que conforme cediço, deve o julgador promover seu convencimento através das circunstâncias objetivas e subjetivas constantes do caderno processual, ferindo de morte a legislação processual e Constitucional, quando vincular-se, ainda que superficialmente aos fundamentos do meio social.

Depreende-se do presente estudo, notadamente quando da interpretação do requisito ‘garantia da ordem pública’ - sob a ótica do clamor social, assentamentos interpretativos conduzidos à barbárie de que hipotético ato criminoso que envolva vítima ou acusado popularmente conhecido, impunha a necessidade de segregação cautelar preventiva, aos fundamentos de que os ‘olhos da sociedade automaticamente se voltariam para este jurisdicionado’.

Todavia, cumpre enaltecer que se apresenta em caráter inexorável a garantia Constitucional estatuída no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, representada pelo ‘princípio da igualdade’, ao passo que, inadmissível conferir tratamento distinto em situações análogas, sob pena de emergir a partir de então, um cárcere seletivo, com espeque na segregação cautelar preventiva.

Pautado nas premissas operacionalizadas nos parágrafos anteriores, é que se verifica de forma uma tanto razoável a interpretação restritiva do requisito em análise, tendo em vista que o próprio sistema processual penal, é orientado pelo princípio *in dubio pro reo*, de sorte que, não nos aparenta lógico, que intérprete promova uma estratificação do texto da lei processual em prejuízo aos interesses do jurisdicionado submetido ao constrangimento da ação penal.

Neste diapasão é que se impõe a filiação à corrente doutrinária e jurisprudencial que preconiza o cabimento da decretação da prisão preventiva com suporte na ‘garantia da ordem pública’, estritamente na hipótese em que o indivíduo a ser segregado oferecer risco à paz social, traduzindo-se para tanto, aquela circunstância em que, caso em liberdade, volte à delinquir.

Por fim, é de curial importância revelar que não se pode admitir que meras expectativas ensejem a possibilidade deste agente voltar a cometer delitos, e sim, carecendo de uma análise aprofundada de sua personalidade, com esteio nos elementos trazidos aos autos do processo criminal.

Ademais, a Suprema Corte já firmou entendimento no sentido de que a mera existência de antecedentes criminais não seria por si só, um fator de insegurança, devendo o Magistrado pautar sua decisão de forma contextualizada à prisão e seus fundamentos.

Cabe, portanto, ao técnico a frieza necessária no enfrentamento dos fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa desaguar na punição adequada, o que só então permitirá eventual segregação do indivíduo.

A política de ‘boa vizinhança’ com a opinião pública ou com a imprensa não pode levar ao descalabro de colocarmos em tabula rasa as garantias Constitucionais, em prol da falaciosa sensação de segurança que o encarceramento imprimiria.

Eventual privação e zelo pela imagem do Poder Judiciário deverão ser realizados com uma condução justa e efetiva do processo criminal, não cabendo, em hipótese alguma, transferir este gravoso ônus ao réu, diga-se, à sua liberdade de locomoção.

Referências

BRASIL. Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - **Código de Processo Penal** – Atualizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm > Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal** – Atualizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 09 set. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 17. ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal.** São Paulo).

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18. ed, São Paulo: Atlas S.A, 2007.

NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado.** 12. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed, São Paulo: Atlas S.A, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed, São Paulo: Atlas S.A, 2013.

TAVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**. 8ª. ed, Bahia: Jus Podivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** vol. 4. 33. ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

www.lex.magister.com.br – acesso em 09 set 2016.

A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A SUBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

SAMUEL RIGUEIRA DE CASTRO COUTINHO:
Advogado.

RESUMO: O presente artigo aborda a figura do controle jurisdicional de constitucionalidade realizado no Brasil, que consiste na coexistência dos modelos difuso e concentrado. Devido à diferença conceitual e estrutural de ambos os sistemas algumas dificuldades tiveram de ser superadas para aprimorar o controle de constitucionalidade brasileiro. Como vetores desta superação temos o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. Ao analisarmos as mudanças perpetradas observamos a tendência de objetivação do controle difuso e de subjetivação do controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, a diminuição de distância entre ambos os modelos, numa clara tentativa de extrair o melhor que cada um deles tem a oferecer. Como constatação deste fenômeno temos, portanto, inovações legislativas, bem como criações jurisprudenciais.

Palavras-chave: Controle Judicial de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Criações Jurisprudenciais. Congresso Nacional. Inovações Legislativas. Modelos Difuso e Concentrado. Objetivação e Subjetivação.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Os modelos clássicos de controle de constitucionalidade e sua inicial aplicação no Brasil; 2.1 Os modelos americano e o austríaco A repercussão geral dos recursos extraordinários; 2.2 Controles difuso e por via incidental X concentrado e por via principal; 2.3 Efeitos da adoção do modelo misto pelo Brasil; 3 A objetivação do controle concreto de constitucionalidade; 3.1 A repercussão geral; 3.2 súmula vinculante; 3.3 dispensa de aplicação do art. 97, CF; 3.4 art. 932, do CPC; 3.5 o (novo) papel do recurso extraordinário; 4 subjetivação do controle abstrato de constitucionalidade; 4.1 *amicus curiae*; 4.2 audiências

públicas; 4.3 modula o dos efeitos das decisões do Controle de Constitucionalidade; 5 Conclusão.

1 INTRODU O

O controle de constitucionalidade das normas no Brasil, inicialmente adotado na Carta Republicana de 1891, seguiu o modelo americano, iniciado na paradigmática decisão Marbury x Madison[1], qual seja, o difuso concreto.

Seguindo as tendências do pós-2  Guerra Mundial advindas da Europa, inspirados em Kelsen, de controle de constitucionalidade de modo concentrado e abstrato, o Brasil com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, inseriu em seu ordenamento jurídico a representa o de inconstitucionalidade de iniciativa privativa do Procurador Geral da República. Com isto, deu-se o advento do modelo misto de controle de constitucionalidade no Brasil.

Após a promulga o da Constitui o Federal de 1988 (e da EC n. 03/90), ficou evidenciada a incorpora o do modelo europeu de controle de constitucionalidade, com a cria o de diversos institutos, como por exemplo, a A o Direta de Inconstitucionalidade, a A o Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a A o Declaratória de Constitucionalidade e a Arg i o de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como a amplia o do rol dos legitimados para sua propositura. Com esta postura de nossos constituintes chega-se a afirmar a prevalência, em nosso ordenamento jurídico, do modelo de controle de constitucionalidade abstrato[2].

Passados mais de vinte e cinco anos de sua promulga o, o fenômeno que se observa hodiernamente   o sincretismo de ambos os modelos de controle por intermédio de diversos institutos, sejam criados pelo legislador, sejam como forma de interpreta o e cria o jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo tem por objetivo analisar a mudança de postura e de interpreta es perpetradas pelos órgãos legiferantes, bem

como por nossa Corte Máxima, no que concerne o controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil, qual seja, a nítida aproximação de ambos os modelos de controle.

Não busca, pois, exaurir todos os institutos implantados, nem todos os fenômenos consolidados (ou em fase de consolidação), mas sim apresentá-los com o escopo de demonstrar de forma direta e concisa um novo universo de possibilidades que está se abrindo no direito pátrio, especificamente quanto ao controle de constitucionalidade.

2 OS MODELOS CLÁSSICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA INICIAL APLICAÇÃO NO BRASIL

2.1 OS MODELOS AMERICANO E O AUSTRIACO[\[3\]](#)

São dois os modelos clássicos de controle de constitucionalidade: o americano e o austríaco. Estes sistemas foram concebidos e, em princípio, estão em pólos opostos.

No primeiro, cabe a todos os órgãos judiciários compelidos a solucionar um caso concreto, analisar a constitucionalidade da norma incidente na demanda. Assim, não havendo controvérsia judicial acerca da lei, a mesma restaria intacta, pois impassível de ataque direto.

No segundo, ao contrário, é previsto um único órgão responsável para aferir a (in)constitucionalidade da norma frente à Constituição do país. Ademais, essa avaliação é feita de modo abstrato, ou seja, analisa-se a constitucionalidade das leis (tanto no sentido formal quanto no sentido material) independente de partes ou de conjunturas fáticas.

Como decorrência lógica dos sistemas, as decisões no modelo americano terão efeito apenas entre as partes (*inter partes*)[\[4\]](#), enquanto no modelo austríaco seus efeitos irradiarão para todos (*erga omnes*).

Outro importante diferencial entre ambos os modelos atine ao efeito da declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

Para o modelo americano o ato inconstitucional é nulo de pleno direito. Sob este prisma, que declara o vício desde sua origem, há a impossibilidade de convalidação do ato. A lei não é válida, fazendo, portanto, com que retroajam todos os efeitos que porventura foram produzidos. Já no modelo kelseniano, a norma inconstitucional é anulável, produzindo plenos efeitos até sua declaração (natureza constitutiva negativa) de ofensa à Constituição. Tem seu pronunciamento, pois, efeitos prospectivos.

2.2 CONTROLES DIFUSO E POR VIA INCIDENTAL X CONCENTRADO E POR VIA PRINCIPAL

Várias são as classificações feitas pelos doutrinadores quanto às espécies de controle de constitucionalidade. Para uma melhor compreensão do presente estudo, imperiosa a distinção entre alguns tipos de controle de constitucionalidade. Será relevante a classificação quanto ao órgão judicial que exerce o controle, bem como quanto à forma deste controle.

Temos, portanto, duas distintas modalidades. A primeira abrange os modelos difuso e concentrado, enquanto a segunda os sistemas de controle por via incidental e por via principal.

No que se refere à primeira modalidade, o modelo difuso, “permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma (...)” [5]. Quanto ao concentrado “o controle de constitucionalidade é exercido por um único ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal.”. [6]

Em relação ao sistema de controle por via incidental, ou de exceção, nos é trazido de maneira sistematizada por Gilmar Mendes[7], os pensamentos de Rui Barbosa:

A “inconstitucionalidade – ensinava Rui – não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute”, uma vez que “o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política

não se deve pleitear por ação direta ou principal”. E, dentre os requisitos ao exercício do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, reputava imprescindível “que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.

Em contraponto, o controle realizado por via de ação, ou principal, “trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre as partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade em si” [8].

Realizados os devido enquadramentos, não mais é passível de confusão os diversos institutos, ou seja, o controle por via difusa contrapõe-se ao da via concentrada, enquanto o controle *incidenter tantum* opõe-se ao *principaliter tantum*.

Outro aspecto merece consideração. Como visto, em muito se aproxima a idéia do controle por via incidental do controle concreto de constitucionalidade, bem como o do controle por via principal ao do realizado abstratamente.

Verificamos, pois, que, em que pese os institutos se assemelhem, e haja forte posição doutrinária que assevera a falta de relevância teórica desta distinção [9], imperiosa a observação de que se mostra plenamente possível a realização de um controle de constitucionalidade de modo abstrato em via difusa e incidental.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. [10], em lição com base no CPC/1973, mas que permanece atual :

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas inter partes. (...) É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts.

480-482 do CPC): embora instrumento processual t pico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente,   feita em abstrato.

2.3 EFEITOS DA ADO O DO MODELO MISTO PELO BRASIL.

Para o Brasil, diversas são as dificuldades de acolmata o de ambos os sistemas de controle de constitucionalidade dentro de um só ordenamento jurídico.

O primeiro deles   referente   regra da teoria da nulidade da declara o de inconstitucionalidade. Em regra, o Brasil adota a teoria importada dos Estados Unidos, independentemente do tipo de controle (abstrato ou concreto) realizado.[\[11\]](#)

Ademais, o papel do Supremo Tribunal Federal fica dividido.

De um lado, exerce a fun o de uma corte que julga casos de maneira revisora, cujos efeitos de uma possível declara o de (in)constitucionalidade são apenas entre as partes envolvidas. Por outro, a mesma corte, com a mesma composi o, em controle concentrado profere decisões que são vinculantes e oponíveis a todos.

Como afirmado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido na questão de ordem na ADC n.1, vive o controle difuso conjuntamente como o concentrado uma “permanente tensão dial tica”.

Com o escopo de suprimir essas lacunas e discrepâncias, várias foram as altera es legislativas e jurisprudenciais ocorridas nos últimos anos, de modo a aperfeiçoar o modelo brasileiro e, aproveitar o que cada modelo tem de melhor a oferecer.

Os fen menos a seguir analisados são decorrência direta dessa tentativa de constante aprimoramento.

3 A OBJETIVA O DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

As alterações analisadas no presente ensaio dizem respeito à relativa perda do caráter subjetivo dos processos submetidos ao controle de constitucionalidade das leis em caráter incidental. Destaca-se que, apesar de não ser o único a realizar este controle, o Supremo Tribunal Federal o faz mormente nos recursos extraordinário[12].

Este fenômeno possui dois vieses.

O primeiro abrange alterações legislativas e que a partir de sua entrada em vigor geraram impactos imediatos. São eles: i) a repercussão geral; ii) súmula vinculante[13]; iii) dispensabilidade da aplicação do art. 97, CF e; iv) art. 932 do CPC.

O segundo refere-se às criações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, sedimentada ao longo do tempo, bem como processos de modificação de entendimentos, qual seja, o redimensionamento do papel do recurso extraordinário (seja quanto à possibilidade da causas de pedir aberta, seja quanto à flexibilização do prequestionamento);

3.1 REPERCUSSÃO GERAL[14]

Visando conferir um poder de frear o enorme número de recursos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional n. 45, inseriu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, que criou a repercussão geral, novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, assim consubstanciado:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Ao Código de Processo Civil de 1973 foram acrescentados pela Lei n. 11.418/2006 normas reguladoras da repercussão geral, bem como restou modificado o Regimento Interno do STF.

Contudo, apesar do acréscimo de um requisito no juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário, a função precípua da Repercussão Geral não fora atingida. O número de processos que adentram o STF ainda é grande e seu julgamento é moroso.

Desse modo, com a edição do Novo Código de Processo Civil a preocupação tornou a estar em voga.

Destaca-se dentre estas normas estatuídas com o *novocodex* o §1º, do artigo 1.035, uma vez que é o norteador da aferição da repercussão geral, *in verbis*:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

De igual modo, o novo Código de Ritos estipulou hipóteses de recurso com presunção absoluta de repercussão geral. São os casos em que há impugnação de acórdão que: i) contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; ii) tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos e; iii) tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Neste sentido, não mais o Supremo Tribunal Federal se ocupará de causas que, mesmo havendo ofensa à Constituição Federal, são de nítido caráter particular. Não é papel da Corte Constitucional se transformar em (como o foi durante anos) terceira (ou quarta) instância.

Como se percebe, o intuito da repercussão geral foi conferir ao Supremo Tribunal Federal (único competente a aferir a repercussão geral) ferramenta processual que lhe dê margem de discricionariedade na escolha dos processos que irá julgar.

Deste modo, o recurso extraordinário não mais é considerado como resolução de conflitos subjetivos, mas sim uma forma de controle do modo como se interpreta a Constituição e, conseqüentemente a promoção de sua guarda.[\[15\]](#)

Além da comprovação de ultrapassagem dos interesses subjetivos da causa, outro relevante aspecto foi incorporado com o advento da Lei 11.418 (que instituiu o artigo 543-B no CPC/1973) e que restou positivado no CPC/2015 no artigo 1.039, parágrafo único, qual seja, os efeitos transcendentais da decisão de repercussão geral proferida no recurso paradigma nos casos de recursos extraordinários múltiplos com fundamento em idêntica controvérsia de direito, senão vejamos:

Art. 1.039 (...)

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Assim, foi instituído um incidente de análise da repercussão geral por amostragem quando houver caso de conexão por afinidade entre os recursos extraordinários em causas repetitivas[\[16\]](#), as chamadas demandas de massa.

Observa-se que uma única decisão do Supremo Tribunal Federal, quanto à existência da repercussão geral, atinge todos os recursos extraordinários sobrestados.

Por derradeiro, cumpre destacar a estipulação de prazo para julgamento dos casos em que restar reconhecida a repercussão geral:

  9o O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de **1 (um) ano** e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. (Destacamos)

  10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

Ora, partindo-se da premissa de que as demandas cuja repercussão geral foi verificada possuem profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, imperiosa que a soluço dada a tais demandas seja célere.

Os efeitos transcendentais das decisões do Supremo Tribunal Federal quanto   repercussão geral se fazem presentes, uma vez que independente de seu teor os Tribunais e Turmas Recursais ficam vinculados, devendo, pois, respeitar seus fundamentos determinantes.

Com isso, segundo Clarissa Teixeira Paiva, “os mecanismos criados pelo CPC restringem o acesso ao STF, que, quando permitido, demanda um único pronunciamento de forma definitiva, tal como ocorre no julgamento das a es de controle abstrato.”[\[17\]](#)

3.2 SÚMULA VINCULANTE

Súmula vinculante   o instrumento que permite ao Supremo Tribunal Federal padronizar a exegese de uma norma jurídica controvertida, evitando insegurança e disparidade de entendimento em questões idênticas[\[18\]](#).

Instituto também positivado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a súmula vinculante tem sua reda o definida pelo artigo 103-A da Constitui o Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de  f cio ou por provoca o, mediante decisão de dois terços dos seus membros,

após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.[19]

Ademais, foram consagrados como requisitos de sua edição (§ 1º, art. 103-A, CF/88) a existência de controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica, assim como relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Assim, “a sumula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, (...) decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental, no qual existe, não raras vezes, reclamo por solução geral”. [20]

Este instituto foi idealizado para suprir uma lacuna de nosso modelo difuso de controle de constitucionalidade, qual seja, a falta do *stare decisis* adotado nos Estados Unidos. Embora sejam institutos díspares têm o mesmo condão: a vinculação dos Tribunais inferiores e a administração pública.

A falta de vinculação de tais decisões geravam vários entraves de ordem prática, como a constante necessidade do Supremo Tribunal Federal reformar decisões proferidas por Tribunais inferiores que iam de encontro com entendimentos consolidados do Pretório Excelso.

Em 2006 foi editada a Lei 11.417 que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

No que tange ao objeto da Súmula Vinculante o parágrafo primeiro do artigo segundo da referida Lei é claro:

Art. 2º (...)

§ 1o O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

O CPC/2015, em seu art. 927, aproxima os efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade com as da Súmula Vinculante ao reforçar sua observância obrigatória:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

O efeito vinculante, característica própria das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com a edição das sumulas vinculantes^[21] permeia todo o sistema difuso de controle. Impossível, pois, desconsiderar a súmula vinculante como uma forma de objetivação do controle concreto constitucionalidade.

3.3 DISPENSA DE APLICAÇÃO DO ART. 97, CF

Como decorrência lógica do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a declaração de sua inconstitucionalidade merece especial atenção. Desta forma, prevê o artigo 97 da Constituição Federal que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Ainda, o Código de Processo Civil regula o incidente de argüição de inconstitucionalidade em seus artigos 948 a 950.

Dois são, portanto, os requisitos para a declaração de inconstitucionalidade (no sistema difuso) de uma lei por parte dos

Tribunais: a maioria qualificada (absoluta) e, que seja proferida pelo plenário (ou órgão especial).[\[22\]](#)

Assim, caso o órgão fracionário, responsável por julgar uma demanda de caráter subjetivo cuja *causa petendi* seja a inconstitucionalidade de uma lei, entenda haver plausibilidade na fundamentação e uma inclinação para o seu acatamento, deverá remeter o incidente de constitucionalidade para o plenário do Tribunal (ou órgão especial[\[23\]](#)).

Com vista a racionalizar este procedimento foram criadas exceções à aplicação do *full bench*, esculpidas no parágrafo único do artigo 949 do CPC/2015 (art. 481 do CPC/1973), *in verbis*:

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Destacamos).

Uma vez afastada a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional, observados a reserva de plenário e o *quorum* necessário, não mais se faz necessária a repetição de todo o procedimento, bastando, para tanto, citar a decisão paradigmática do Tribunal, assim como juntá-la à decisão do caso concreto para surtir efeitos.

De maneira didática assim restou assentado no Recurso Especial n. 89.297, cuja ementa transcreve-se:

PROCESSO CIVIL. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. O juiz singular pode deixar de aplicar a lei inconstitucional; os órgãos fracionários do tribunal, não – porque, mesmo no âmbito do controle difuso da constitucionalidade, os tribunais só podem deixar de aplicar a lei pelo seu plenário ou, se for o caso, pelo respectivo órgão especial (CF, art. 97), observado o procedimento previsto no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil, salvo se já houver pronunciamento destes ou do

plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (CPC, art. 481, parágrafo  nico). Recurso especial conhecido e provido[24]. (Destacamos)

Um só caso, portanto, vincular  todos os demais envolvendo a mesma matéria perante aquele determinado Tribunal, dotando a via incidental de controle de constitucionalidade de um nítido caráter objetivo, conforme observa Didier:

Embora esse incidente seja um instrumento processual t pico de controle *difuso*, a análise da constitucionalidade da lei   feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (  exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). Embora a resolu o da questão não fique submetida   coisa *erga omnes* (porquanto tenha sido examinada *incidenter tantum*), ‘a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais efeitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão.[25]

3.4 ART. 932 DO CPC

Os poderes do Relator de processos em trâmite nos tribunais, com o escopo de dar celeridade aos julgamentos, sofreram várias altera es ao longo dos anos. Cumpre mencionar a Lei n. 9.756/98 que incluiu no então vigente Código de Processo Civil o artigo 557, parágrafo 1 -A.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil os poderes atribuídos ao Relator foram ampliados e especificados.

No que concerne   objetiva o do controle difuso o julgador poderá, monocraticamente, julgar procedente ou improcedente recurso que verse acerca de matéria objeto de Sumula Vinculante ou já decidida pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Deste modo, a decisão de mérito da lide não necessariamente deverá passar pelo colegiado. Neste caso, para dar provimento ao recurso basta que haja enunciado sumular ou jurisprudência dominante no mesmo sentido.

Tal alteração demonstra a tendência legislativa a dar maior celeridade ao trâmite processual e devida efetividade às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores em um verdadeiro sistema de precedentes.

3.5 O (NOVO) PAPEL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O artigo 102, III, da Constituição Federal consagra o recurso extraordinário como meio do Supremo Tribunal Federal uniformizar a jurisprudência no que tange a interpretações de normas constitucionais, como o guardião máximo da Constituição.

Em li o paradigmática, no Processo Administrativo n. 318.715/STF (que posteriormente deu ensejo   edi o da Emenda n. 12 ao RISTF, o Min. Gilmar Mendes assim se manifestou acerca do papel do recurso extraordinário:

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a fun o de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orienta o que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo a ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). (...)

A fun o do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não   a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido   Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos”[26]

Esta afirma o consubstancia dois pontos atinentes ao recurso extraordinário.

O primeiro, como   cediço, o RE não rediscute os fatos ocorridos na lide, mas presta-se apenas a examinar a aplica o do direito, conforme enunciado n. 279 da Súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Neste mesmo sentido, Luiz Marinoni sintetiza o papel objetivo do recurso extraordinário (bem como do recurso especial):

Conclui-se, então, que tais recursos [RE e Resp] objetivam propiciar a correta aplica o do direito objetivo. Não se discute, portanto, em recurso extraordinário e especial, matéria de fato ou aprecia o feita pelo tribunal inferior a partir da prova dos autos (Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ). O âmbito de discussão aqui se limita, exclusivamente,   aplica o dos direitos sobre o fato, sem mais se discutir se o fato efetivamente existiu ou não.[27]

O segundo ponto versa que, como visto anteriormente, em que pese o controle de constitucionalidade ser realizado por via incidental, o mesmo pode ser feito abstratamente. É este o entendimento do STF ao fazer o controle de constitucionalidade *incidenter tantum*. “A decisão sobre a inconstitucionalidade seria tomada em *abstrato*, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes” [28].

Como consequência dessa postura em relação ao apelo extraordinário, várias foram as criações jurisprudenciais que mostram a tendência de aproximação entre o processo subjetivo, do processo objetivo.

A mais marcante destas é a possibilidade do julgamento do Recurso Extraordinário com base em fundamentos diversos daquele enfrentado pelo tribunal recorrido, ou seja, a existência de causa de pedir aberta.

A causa de pedir aberta é característica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, em que o STF pode declarar a (in) constitucionalidade de determinada lei independentemente dos fundamentos argüidos, uma vez que em sendo seu papel precípuo a guarda da Constituição, não precisa ficar adstrito à *causa petendi* do processo.

Conforme assevera André Ramos Tavares, o processo objetivo, como não há lide, não obedece às regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos de interesses. [29]

Entretanto, no julgamento do RE n. 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004, o STF decidiu pela possibilidade de se julgar o recurso extraordinário com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido [30]. Destaca-se deste emblemático *decisum* trecho do voto do Min. Cezar Peluso:

E, no juízo do mérito, também penso que o Tribunal não está vinculado ao fundamento que o recorrente invoque no recurso extraordinário. E, aqui, a segunda questão, que me parece importantíssima, suscitada no voto do eminente Relator. Considero

que interpretação restritiva quanto à profundidade do efeito devolutivo do extraordinário implica duas graves contradições, muito bem percebidas por S. Exa.. A primeira é a contradição imediata com a função constitucional precípua do Supremo, que é a de valer pela mesma Constituição, na sua inteireza. Não é possível, sem renúncia a tal função, admitir que esta Corte esteja impedida de reconhecer a incidência de certa norma constitucional, sob singelo fundamento de que não teria sido invocada nas razões ou nas contra-razões do recurso extraordinário. E a segunda, mais grave que a primeira, que já é gravíssima, parece-me ser a contradição com a ordem jurídica em si, porque não consigo conceber como o Supremo Tribunal Federal possa modificar o conteúdo de uma decisão, com base no argumento de que teria havido ofensa a determinada regra ou princípio constitucional, quando esteja claríssimo, nos autos, que esse mesmo conteúdo decisório deva subsistir pela aplicação de outra norma ou princípio constitucional, incidente sobre os fatos da causa. Noutras palavras, o Supremo Tribunal Federal estaria, em tal conjuntura, modificando o teor da decisão que reconhece estar conforme à Constituição! (destacamos).

Outra criação jurisprudencial foi o afastamento da necessidade de se preencher o requisito do prequestionamento, conforme se infere da ementa do julgamento do AI n. 375.011, de relatoria da Ministra Ellen Gracie:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se

impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido. (AI 375011 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004 PP-00043 EMENT VOL-02170-02 PP-00362) (Destacamos)

Verifica-se, a partir das mencionadas decisões que o STF conflui inexoravelmente para a objetivação do recurso extraordinário.

4 A SUBJETIVAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Na contramão do tópico anterior, o fenômeno da subjetivação do controle abstrato de constitucionalidade vem para relativizar a questão da ausência de partes nos processos objetivos, bem como dos direitos subjetivos envolvidos.

Os dois primeiros institutos que analisaremos provêm das idéias amplamente adotadas por nossa Corte Suprema difundidas por Peter Häberle[31]. Tais institutos são o *amicus curiae* e as audiências públicas.

Por fim, nos caberá observar a modulação dos efeitos das decisões do Pretório Excelso como meio de subjetivar o processo abstrato de controle de constitucionalidade[32].

4.1 AMICUS CURIAE

A não composi o convencional das partes processuais (processo de caráter objetivo)   corolário do controle abstrato de constitucionalidade das normas, razão pela qual não   aceita interven o de terceiros em seu trâmite. Esse entendimento foi consubstanciado no artigo 7  e 18 da Lei n. 9.868/99, que regula a A o Direta de Inconstitucionalidade, bem como a A o Declaratória de Constitucionalidade[33].

Entretanto, o   2  do artigo 7  da mencionada Lei versa que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifesta o de outros órgãos ou entidades”.

Destarte, abriu-se um novo nicho de possibilidades para a manifesta o de interessados em prover o órgão julgador de todas as informa es tidas como relevantes, bem como a manifesta o no sentido de dar conhecimento da repercussão da decisão em controle abstrato. “Positive-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implica es ou repercussões”[34].

O instituto do *amicus curiae*, que tem como marco histórico sua origem no direito norte-americano[35], foi introduzido pelo direito brasileiro sob forte influência, como já afirmado, das idéias de Peter H berle expressadas principalmente em sua obra “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constitui o”, em que nos transmite os seguintes ensinamentos:

A Corte Constitucional haverá de interpretar a Constitui o em correspondência com a sua atualiza o pública. (...) Deve haver maior aten o   opinião pública naqueles casos que tiverem maior impacto na sociedade. (...) Devem ser desenvolvidas novas formas de participa o das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constitui o.[36]

De modo a sintetizar o papel consolidado exercido pela figura do “amigo da corte”, e a confirmar as influências do citado jus-filósofo alemão, observemos excerto de voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, na ADI 2.130:

A regra inscrita no art. 7º, § 2º da lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. (...) Vê-se que a aplicação da norma legal em causa – que não outorga poder recursal ao *amicus curiae* – não só garantirá maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle de constitucionalidade – cujas implicações política, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação. (...) A admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae* no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (ADI 2130 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00031 EMENT VOL-02053-03 PP-00485) (Destacamos)

Assim, verificamos que ao se admitir no controle concertado de constitucionalidade, que afere de maneira abstrata a adequação da lei frente à Constituição, a presença de agente externo (*amicus curiae*) não

constante do rol dos legitimados para sua propositura, sofre este processo objetivo mudanças substanciais em seu trato. Admite-se, portanto, a relevância das informações de caráter subjetivo não diretamente interligados com o direito.

Nesse sentido, afirmam André Rufino do Vale e Gilmar Mendes ao citarem MARENHOLZ, “não há como negar a ‘*comunicação entre norma e fato*’, a qual constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”[\[37\]](#)

Esses mesmos autores concluem seu estudo acerca do “amigo da corte” asseverando que “a admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito”[\[38\]](#).

É através desse viés pluralista que temos a subjetivação do processo objetivo de controle de constitucionalidade, uma vez que mesmo na ausência formal de partes, instituições atuam na defesa de seus interesses subjetivos com alto grau de eficácia quanto à obtenção do pretendido[\[39\]](#).

Tamanho o sucesso da incorporação do *amicus curiae* em nosso ordenamento jurídico que o Código de Processo Civil de 2015 expandiu a utilização do instituto para os juízes de primeiro grau, bem como demais Tribunais, consoante se verifica no artigo 138:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

4.2 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Com o mesmo intuito da utilização do *amicus curiae*, a Lei 9.868/99, em seu artigo 9º, § 1º, positivou a possibilidade de requisição de informações adicionais bem como as audiências pública, *in verbis*:

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Conforme se infere, esta previsão legal trata de apuração de questões fáticas no controle concentrado de constitucionalidade. Esta inovação legislativa inverteu a antiga forma de decidir do Supremo Tribunal Federal, conforme relato feito por Gilmar Mendes:

O legislador afastou-se de uma leitura radical do modelo hermenêutico clássico, a qual sugere que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tinha levado o STF a afirmar, às vezes, que os fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não poderiam ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade[40].

A doutrina é uníssona ao celebrar a inovação perpetrada, de modo que Luis Roberto Barroso afirma que “supera-se, desta forma, e em boa hora, a crença dominante de que a ação direta não comportaria fase probatória, devido a seu caráter estritamente objetivo”[41].

Destaca-se que a primeira audiência pública foi realizada quase oito anos após a entrada em vigor da Lei n. 9.868/99, precisamente no dia 20.04.2007 para manifestação na ADI n. 3.510 que versava acerca da utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias.

Após esta foram realizadas audiências públicas para a coleta de informa es na ADPF n. 54 (discussão acerca do “aborto” de fetos anencefálicos)[42], na ADFP 101 (importa o de pneus reaproveitados), bem como concernente ao Sistema  nico de Saúde[43].

Note-se que apesar de seu início tímido e do uso moderado deste instituto, o mesmo vem ganhando espaço e força no que tange a sua utiliza o pelo Supremo Tribunal Federal (tendo no ano de 2013 sido realizadas sete audiências públicas[44]).   de extrema valia sua influência na tomada de decisões, uma vez que nos processos envolvidos há patente repercussão social e a soluço da controvérsia ensejará relevante impacto.

Além de conferirem maior legitimidade democrática às decisões do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas, na mesma esteira do instituto do *amicus curiae*, promovem uma subjetiva o do controle concentrado, haja vista a nítida observância de aspectos fáticos no julgamento abstrato de constitucionalidade das normas.

De forma lapidar, Gilmar Mendes assim conclui acerca da utiliza o das audiências públicas como maneira a dar subjetividade ao processo objetivo:

Resta demonstrado então que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre a disposi o do direito ordinário e os preceitos constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a rela o entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional[45].

4.3 MODULA O DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As dificuldades da convivência entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no direito pátrio, consubstanciadas entre as já citadas teorias da nulidade e da anulabilidade das normas inconstitucionais culminaram na previsão do artigo 27 da Lei n. 9.868, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, em que pese nossa cultura seja a de declarar a nulidade da norma inconstitucional retroagindo, portanto, os efeitos da decisão, foi positivada a possibilidade de flexibilização desta regra geral.

Como se pode notar, o legislador ordinário deu poderes ao Supremo Tribunal Federal para, em havendo “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” decidir acerca do momento a produzir efeito sua decisão.

Não se limitou a simplesmente adotar a teoria da anulabilidade, cuja consequência seria a produção de efeitos prospectivos. Foi além e concedeu ao STF a possibilidade de “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”^[46]

Conforme observado na prática forense, o Pretório Excelso vem modulando os efeitos de suas decisões tanto com data futura (caso do município Magalhães) como com data retroativa que não a edição da lei (caso de fidelidade partidária).

O nó górdio da questão está na verificação da segurança jurídica ou interesse social. Como demonstrado anteriormente, tinha-se como característica do processo objetivo a não possibilidade de produção de provas baseadas em fatos, pois descabida e irrelevante para o deslinde da ação. Assim, no momento em que a Corte pesa a repercussão de suas decisões levando em conta as consequências que poderiam gerar, está-se subjetivando o processo objetivo, pois o direito subjetivo de cada indivíduo (mesmo que inserido em toda a coletividade) prepondera sobre o vício de inconstitucionalidade.

Acerca do fenômeno da “manipula o dos efeitos das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade”, assim observou Uadi Lammêgo Bulos:

Trata-se, apenas, da consagra o do princípio que permite ao  rgo de c pula do Poder Judiciário – a exemplo do nosso Supremo Tribunal Federal - manipular os efeitos da declara o abstrata de inconstitucionalidade, com larga dose de discricionariedade e razoabilidade, ponderando interesses em disputa. (...) Seu objetivo   adequar a eficácia das sentenças de inconstitucionalidade às situa o da vida, mitigando a excessiva rigidez que pode advir desse contexto.[\[47\]](#)

Poder-se-ia afirmar, portanto, que não obstante a aferi o da (in) constitucionalidade ser realizada por meio do processo objetivo e abstrato, a pondera o dos efeitos das decisões leva-nos a crer que características subjetivas estão cada vez mais permeando o processo objetivo.

5 CONCLUSÃO

A criatividade humana para encontrar soluço aos problemas postos não encontra limites. Como qualquer mudança requer tempo para surtir efeitos, as novas idéias que afloram demandam espírito de vanguarda e perseverança para sedimentarem.

No presente caso, diante da aparente problemática convivência entre modelos de controle de constitucionalidade díspares, os operadores de direito brasileiros encontraram, auxiliados pelo direito comparado, subsídios jurídicos aptos a conferirem maior efetividade ao controle de constitucionalidade pátrio.

Como visto, o legislador caminhou em consonância com a doutrina moderna e com a jurisprudência, e positivou diversos institutos de modo a tentar fazer a presta o jurisdicional a mais eficaz possível.

  diante deste clima de inova o e de constante busca por aprimoramento que hoje nos deparamos com uma verdadeira

“miscigenação” entre o controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade normativo.

Aquilo tido como estanque atualmente encontra-se em movimento. O processo objetivo não mais se abstém de considerar as situações concretas da vida, de modo a não poder ser chamado de “puramente” abstrato. Percebeu-se que as implicações das decisões que possuem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* não podem ser simplesmente dissociadas da realidade, com a alegação de ser apenas a aferição da constitucionalidade da lei em tese, sob pena de se tornarem além de insensíveis, tirânicas.

Por outro lado, para combater a morosidade da justiça e para garantir a eficácia das decisões dos Tribunais Superiores (em especial do Supremo Tribunal Federal), foram criados mecanismos para suplantar o caráter individual da lide.

Os institutos aqui enunciados não são os únicos existentes que corroboram com o fenômeno apresentado, mas retratam de maneira inequívoca a evolução do Direito brasileiro. Deste modo, nada impede que novas teorias surjam, bem como que a atividade legislativa, neste particular, continue.

Assim, diante deste “sincretismo” entre os controles difuso e concentrado uma maior atenção deve ser conferida às normas de direito processual, em especial as de direito processual constitucional.

O Novo Código de Processo Civil consagra tal tendência, no entanto deve ficar claro que o mesmo não esgota a matéria e não deve engessá-la. Trata-se de um fenômeno em constante mutação que deve, sempre que possível, ser acompanhado pelo legislador para que esse movimento de aproximação de ambos os modelos não fique travado em razão de ausência de regulamentação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de, BARROS, Luciano José Pinheiro. *O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade*

e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em 10 nov. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivum, 2009. v. 3.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A redação da Emenda Constitucional n. 45(Reforma da Justiça)*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 378.

PAIVA, Clarissa Teixeira. *A Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade*. Disponível

em:http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_setembro_2008/a%20repercuss%C3%A3o%20geral_clarissa.pdf. Acesso em 01 de nov. de 2009

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?>. Acesso em 05 de out. de 2009

NOTAS:

[1] Mauro Capelletti realiza um minucioso estudo acerca deste precedente e dos motivos e circunstâncias que levaram a ele, concluindo que “foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: ele fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de *supremacia da Constituição*, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma. (...) Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, (...) não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 47-63.

[2] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p. 1058.

[3] Vários outros modelos são adotados em diversos países, em que pese as discussões restarem, ao longo dos anos, polarizadas entre os modelos ora analisados. Destaca-se, ainda, o relevante modelo adotado pela França (controle de constitucionalidade político) e, o modelo inglês (não há Constituição escrita, com um controle exercido pelo parlamento).

[4] Entretanto, como o direito americano   de *common law*, vige o fundamental princípio do *stare decisis*, cujo “resultado final do princípio do vínculo aos precedentes   que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto   constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugna es a questão da constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida por órgão judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgão judiciários. Cappelletti p. 80-81.

[5] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47

[6] Op cit. p. 48

[7] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p. 1065-1066.

[8] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50.

[9] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p.1067.

[10] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivum, 2009. v. 3. p. 344.

[11] Como exemplo da ado o da teoria da nulidade da norma inconstitucional, conferir QO na ADI 652-MA, rel. Min. Celso de Mello. DJU, 02.04. 1993.

[12] O STF ainda pode realizar controle de constitucionalidade *incidenter tantum* nos processos de sua competência originária (e.g. MS, HC, HD, MI), bem como nos de sua competência recursal ordinária.

[13] Conforme nos ensina Barbosa Moreira: “(...) a denomina o oficial de ‘*Súmula*’ corresponde ao conjunto, ao todo,   totalidade das teses compendiadas. O modo de citar a ‘*Súmula*’,

pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer 'n. X da *Súmula*' ou '*Súmula*, n. x'. Mas passou-se a falar com freqüência de '*Súmula* n. x', sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma 'súmula'. (...) A Emenda Constitucional n. 45 rendeu-se ao uso informal, tolerável em conversas de corredor do Fórum, nunca porém num documento oficial. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A redação da Emenda Constitucional n. 45(Reforma da Justiça)*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 378, p. 43.

[14] Há comparações por parte da doutrina concernentes à repercussão geral e a extinta argüição de relevância instituída pela EC n. 7/77 (vigora até a CF/88). Como não é o intuito deste trabalho, nos limitaremos a afirmar que, em que pese existam algumas semelhanças entre os dois institutos, as diferenças são nítidas.

[15] Sobre o novo papel do recurso extraordinário, ver detalhadamente o item 3.5

[16] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivum, 2009. v. 3. p. 337-339.

[17] PAIVA, Clarissa Teixeira. *A Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade*. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_setembro_2008/a%20repercuss%C3%A3o%20geral_clarissa.pdf. p. 21

[18] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva: 2008. p. 1093.

[19] A lei que disciplina sua edição, revisão e cancelamento é a Lei 11.417 de 2006.

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p. 969.

[21] Até o presente momento (atualização em 13.09.2016) foram editadas 56 Sumulas Vinculantes (sendo que a de número 30 encontra-se pendente de publicação. Informação disponível no

portal do Supremo Tribunal Federal. Para o inteiro teor das mesmas conferir

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>

[22] “O art. 97 da Constituição de 1988 aplica-se não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências”. STF, RF, 349:230, 2000, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[23] Art. 93, XI, da CF/88: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

[24] RESP 89.297, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ 07.02.2000.

[25] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivum, 2009. v. 3. p. 571

[26] Trecho extraído de DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivum, 2009. v. 3. p. 345.

[27] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[28] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 7 ed. Salvador: Juspodivum, 2009. v. 3. p. 344.

[29] TAVARES, André Ramos. *A repercussão geral no recurso extraordinário*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 239-241.

[30] EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. (...) (RE 298694, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ 23-04-2004 PP-00009 EMENT VOL-02148-06 PP-01270 RTJ VOL 00192-01 PP-00292) .

[31] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

[32] Optou-se, no presente estudo, pela postura subjetivista da modulação dos efeitos das decisões do STF, não obstante haverem várias posições doutrinárias que defendem que sua utilização no controle difuso de constitucionalidade seria um modo de objetivação daquele instituto.

[33] Com a entrada em vigor da Lei n. 12.063/2009 foi inserida a regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na Lei n. 9.868/99.

[34] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p. 1126.

[35] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 177.

[36] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 41-48.

[37] André Rufino do Vale e Gilmar Mendes disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=3>

[38] *Op. cit.*

[39] Em tese de mestrado, Damares Medina, cujo título é :*Amigo da Corte ou Amigo da Parte? — Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal*, aponta que há maior percentual de procedência dos pedidos quando o *amicus curiae* está presente. Reportagem extraída do portal *Conjur*, disponível em :<http://www.conjur.com.br/2008-dez-06/amicus-curiae-influi-decisoes-stf-mostra-pesquisa>. Acesso em 20.10.2009.

[40] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p. 1128.

[41] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 178

[42] Na decisão convocatória da audiência pública assim sintetizou o Ministro Marco Aurélio acerca do papel a ser desenvolvido pelas entidades interessadas: “devem ocorrer audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito”. (Destacamos) Decisão extraída do portal do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>

[43] “A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública serão de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde. Hoje, tramitam no Tribunal os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355, processos de relatoria da Presidência”. Informações constantes no sítio do Supremo Tribunal Federal, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaSaude>

[44] Para a lista completa de todas as audiências públicas já realizadas até 13.09.2016: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>

[45] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p. 1129.

[46] Conforme menciona Luis Roberto Barroso: “Na Exposição de Motivos do projeto que resultou na Lei n. 9.868/99 consignou-se: ‘Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social de outro.’ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 198.

[47] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

DAS SOLICITAÇÕES DE RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS POR EMPRESAS CONTRATADAS – DA OCORRÊNCIA DE RISCOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS EM CONTRATOS DE ENGENHARIA.

**TIAGO AMORIM POUILLARD
CARNEIRO**

Advogado especialista em Administração de Contratos de Engenharia e Infraestrutura, pós-graduado em Direito Público.

1. – INTRODUÇÃO

Os contratos de engenharia e infraestrutura são contratos de alta complexidade e de natureza multidisciplinar, cujo arranjo jurídico é esboçado sobre uma consistente base técnico-normativa de direitos e obrigações, atreladas a um grande número de variáveis em sua execução.

Pode-se dizer, contudo, que na empreitada busca-se a obra perfeita e acabada dentro do que foi acordado. Trata-se de um critério “finalístico”, conforme aduz Silvio de Salvo Venosa¹ (2006, p. 209).

Entretanto, segundo estimativas e estudos realizados por especialistas na área de infraestrutura, 90% dos contratos de empreitada são concluídos fora do prazo, do preço e com mudanças nas especificações técnicas (objeto) contratadas.

Por este motivo, há um alto potencial de suscetibilidade a modificações das premissas contratuais essenciais (preço, prazo, objeto e qualidade) com impacto significativo sobre o contrato e rompimento da base do negócio inicialmente acordado, motivo pelo qual é imprescindível o conhecimento prévio da alocação e distribuição contratual dos riscos entre as partes (matriz de responsabilidades), bem como o conhecimento dos mecanismos de gestão eficiente dos riscos durante a execução do contrato (controle integrado de mudanças de escopo, prazo e preço).

Isto é essencial para que as partes possam lidar com a ocorrência dos riscos de maneira mais eficiente possível, de forma a possibilitar a formalização dos ajustes

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.3.

contratuais no tempo e na forma adequados, evitando a incorrência de prejuízos financeiros imprevistos, a paralisa o da obra, o desgaste da rela o comercial entre as partes e rompimento definitivo da equa o econômico-financeira do contrato e da segurança jurídica da contrata o.

Assim, conhecer os mecanismos de solicita o de ressarcimento de prejuízos em contratos de engenharia, dada a sua multifacetada interface com diversas variáveis (riscos contratuais e extracontratuais de toda natureza)   imprescindível para uma gestão jurídica adequada, eficiente e eficaz dos contratos e para a concretiza o dos resultados financeiros projetados para o negócio jurídico entabulado.

2 – DA OCORRÊNCIA DOS RISCOS E DAS SOLICITA OES DE RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS EM CONTRATOS DE ENGENHARIA:

De modo geral, a equaliza o jurídica-contratual da distribui o de riscos entre as partes contratantes (contratante e contratado) baseia-se na máxima de que a cada parte caberá a assumir as consequências pela ocorrência dos riscos contratualmente alocados segundo critérios prévios de distribui o e matriz de responsabilidades definidos no momento da contrata o.

Há uma usual prática de mercado segundo a qual parte dos riscos ordinários previstos em contrato são assumidos como de responsabilidade do Contratado (baixa produtividade de mão de obra e equipamentos, problemas na contrata o de subempreiteiros especializados, atraso no fornecimento de insumos e materiais de responsabilidade do Contratado, problemas legais com libera o de equipamentos, ferramentas especiais, etc.), e outra parte como de responsabilidade da Contratante (aumento de alíquota ou cria o de novos tributos, atraso no fornecimento de licenças ambientais ou urbanísticas, cria o de novos benefícios trabalhistas por força de modifica o de convenço coletiva de trabalho, incidência de regime pluviométrico em índices superiores às estatísticas do histórico normal para a região, etc.).

Esta   a lógica contratual direta, segunda a qual cabe a cada qual a responsabilidade pelo que foi acordado. Para Leonardo Toledo:

*“Quando, contratualmente, as partes alocam a Contratante um determinado risco, pressupõe-se como vontade das partes a obriga o desta de arcar com os  nus impostos ao projeto em rela o   materializa o de tal risco. Não há necessidade, portanto, de se verificar a existência dos requisitos aplicáveis   teoria da imprevisão.”*²

² DA SILVA, Leonardo Toledo. Direito e infraestrutura, São Paulo: Saraiva, p. 40-41.

Entretanto, para os riscos extraordinários, sempre haverá o surgimento de disputas decorrentes da indisposição das partes em assumir como de sua responsabilidade custear as consequências negativas advindas de sua ocorrência. E em projetos de engenharia e infraestrutura, não são poucos os riscos extraordinários que impactam negativamente na execução do contrato.

Segundo Ricardino (1997)³, para que uma reivindicação comercial seja elaborada, existem requisitos mínimos indispensáveis a serem verificados.

O primeiro requisito é a ocorrência de ato, fato ou evento imprevisível.

O ato, fato ou evento imprevisível é aquele que não foi anteriormente considerado pela parte Contratada, mas que poderia ser normalmente previsto. O fato imprevisível é aquele não previsível, que não poderia ter sido previsto.

Ao fato imprevisível associa-se o risco ordinário resultante da insuficiência técnica na correta avaliação e previsão da possibilidade de ocorrência do risco previsível ou na ocorrência de desempenho insuficiente na realização das atividades e serviços contratados, ocorrências estas as quais cujos custos já são cobertos pelas verbas de contingência orçadas e contempladas no preço acordado para a obra.

Ao fato imprevisível associa-se o risco extraordinário resultante de fator absolutamente estranho e que não podia ser normalmente previsto.

Deve-se considerar, portanto, como requisito indispensável à formulação de reivindicações de ressarcimento de prejuízos, apenas aquilo que possa ser classificado como risco extraordinário (ou álea extraordinária e extracontratual).

Outro requisito básico é estar certo de não ter dado causa ao fato gerador do problema.

Neste sentido, a documentação e o registro dos fatos ocorridos de forma clara, objetivas e tecnicamente embasada, é muito importante para formação de um lastro de fundamentação documental histórico dos acontecimentos e fundamentação de qualquer pleito de reequilíbrio.

3 RICARDINO, Roberto. *Administração de contratos em projetos de construção pesada no Brasil: Um estudo de interface com o processo de análise de risco*. Dissertação apresentada a Escola Politécnica da Universidade de São Paulo para obtenção do título de mestre em engenharia. São Paulo, 2007.

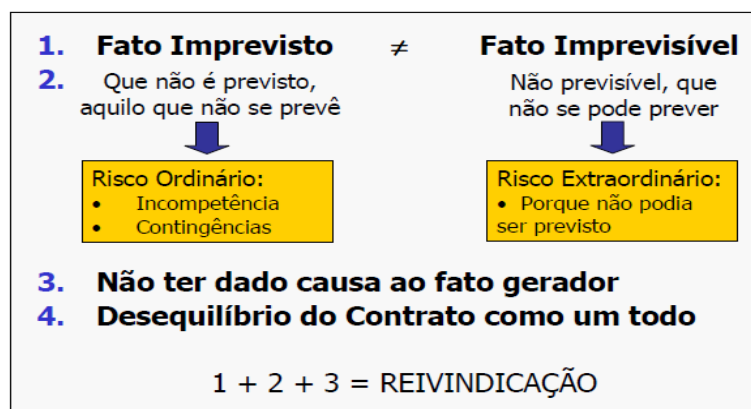
É através destes registros que poderá se provar a ausência de culpa da parte contratada pela conclusão da obra em prazo diferente do acordado. Neste sentido, para viabilizar o desenvolvimento de uma reivindicação consistente, é preciso comprovar o seu mérito, ou seja, documentar-se e demonstrar que não é o causador da ocorrência e responsável pelos impactos negativos acometidos durante a execução do contrato, ou seja, demonstrar as consequências, de forma qualitativa, da ocorrência dos riscos e das consequências negativas ao contrato.

Por exemplo, prazos de recebimento de projetos não cumpridos ou liberação tardia de áreas de trabalho, demora na obtenção de licenças ambientais ou urbanísticas, sobreposição, impedimento e interferência de atividades com outras empresa presentes no site ou com instalações pré-existentes, inconsistências dos projetos executivos detalhados, ocorrências geológicas imprevisíveis e não mapeadas nos relatórios de sondagem geotécnica, falta de condições adequadas de acessibilidade às frentes de serviço, existência de interferências à execução de atividades não pré-concebidas e não mapeadas previamente, solicitações de melhorias realizadas pela parte Contratante, atraso no fornecimento de materiais de responsabilidade da Contratante,

Por fim, é necessário provar o desequilíbrio do contrato como um todo. Isto é, demonstrar de maneira quantitativa como os impactos negativos ocorridos desestruturaram as premissas contratuais básicas assumidas quando da assinatura do contrato, e geraram sobrecusto adicional efetivamente incorrido.

Caso não seja possível atender aos requisitos acima relatados, a reivindicação carecerá da necessária fundamentação técnica, contratual e fática imprescindível para comprovação da modificação do estado das coisas.

Abaixo apresentamos o quadro lúdico para melhor compreensão dos pré-requisitos para fundamentação da reivindicação:



Fonte: Ricardino – Programa Contínuo de Qualificação – OEC S.A. , 1997

Dando sequência ao estudo, passamos a apresentar a fundamentação jurídica necessária para embasamento da solicitação de ressarcimento dos sobre custos incorridos em contratos de engenharia, de acordo com a matriz de risco alocada e distribuída contratualmente às partes.

2.1) SOLICITAÇÃO DE RESSARCIMENTO RELACIONADA A RISCO ALOCADO CONTRATUALMENTE À CONTRATANTE:

Seguindo a lógica contratual e havendo previsão expressa de risco contratual alocado à Contratante, na hipótese de sua ocorrência, as consequências negativas daí advindas deverão ser integralmente assumidas e arcadas pela mesma.

Não obstante, mesmo não havendo previsão expressa no contrato acerca da responsabilidade da Contratante pela ocorrência de determinados tipos de riscos, é possível que categoricamente tais ocorrências sejam atribuídas como de sua única e exclusiva responsabilidade.

Para explicar tal situação, é necessário fazer referência às premissas iniciais e essenciais de contratação, as quais é de responsabilidade da Contratante fornecer.

Neste sentido, os contratos de engenharia, de modo geral, são formulados contemplando uma série de documentos e informações disponibilizadas pelo Contratante na fase de concorrência (Edital e seus anexos - escopo contratado, instruções administrativas, ambientais, de segurança, especificações técnicas requeridas, estudos de viabilidade técnica, relatórios de sondagem geotécnica e perfil geológico do terreno, condições locais e estatísticas históricas como pluviométrica, hidrologia, condições climáticas, sísmicas, etc.), além da documentação produzida pela Contratada (proposta técnica e comercial, metodologia construtiva, premissas de execução, prazo de duração das atividades, listas de exclusão, etc.), a qual foi elaborada seguindo as premissas e informações técnicas disponibilizadas pela Contratante.

Todo o planejamento executivo estratégico para a execução dos serviços contratados (dimensionamento de recursos, sequência construtiva, planos de ataques) e a consequente formação do preço ofertado para remuneração das atividades de construção do empreendimento são realizadas segundo essas informações fornecidas pela Contratante na fase de concorrência.

Tal planejamento estratégico, tanto do ponto de vista gerencial quanto executivo, comumente é ratificado pela Contratante quando do recebimento e aceite da proposta técnica e comercial apresentadas pela Contratada.

Dentro da formulação do preço, e orçamentação geral da obra, são concebidas verbas de contingenciamento para lidar com problemas que possam vir a ocorrer durante a

execução do projeto. Tais verbas, no entanto, estão direcionadas apenas para problemas imprevistos, ou seja, situação submetida ao crivo de previsibilidade normal e esperada.

Entretanto, durante a execução do empreendimento, na hipótese de não serem confirmadas as premissas iniciais informadas pela Contratante e consideradas pela Contratada na formulação do planejamento construtivo, dimensionamento do prazo e formação do preço contratual, poderá haver incidência de custos adicionais à Contratada (executora), o que atrairá a responsabilidade da Contratante.

Para exemplificar esta situação, faz-se referência aos riscos de natureza geotécnica⁴, os quais representam uma das principais variáveis (risco geológico) responsáveis pela modificação das condições de trabalho e pela execução anormal (não econômica e não racional) dos contratos de empreitada, notadamente nos projetos que possuam necessidade de execução de fundação em níveis subterrâneos (tecnicamente chamada de fundação profunda ou especial).

Como risco geológico pode-se considerar uma situação na qual, diferentemente do previsto nos relatórios de sondagem geotécnica encomendada e elaborada por empresa contratada pelo Contratante ou dono da obra, durante a execução de fundação profunda com equipamentos perfuratrizes com capacidade de escavação de até 30 metros, se constata a presença de rocha e/ou nível de água, os quais dificultam gravemente a possibilidade de execução das atividades dentro do prazo acordado.

Isto porque será inevitável a modificação da metodologia construtiva e o replanejamento dos recursos de produção (mão de obra e equipamentos) alocados para realização dos serviços de fundação profunda, uma vez que para ultrapassar rocha será necessária a contratação e mobilização de equipamento específico, com capacidade de perfuração em rocha, e para ultrapassar nível de água será necessário mobilizar maquinário diverso, que possua sistema de injeção de lama bentonítica, o que acarretará atrasos no cronograma, maiores custos incorridos (equipamentos mais caros) e mudança das especificações técnicas e planejamento construtivo, com grave impacto negativo sobre o contrato e modificação das premissas preço, prazo e objeto inicialmente considerados, impondo-se a necessidade da elaboração de uma reivindicação comercial para realização de ajustes contratuais entre as partes e recomposição do equilíbrio econômico e financeiro rompido.

Estes riscos geológicos, por serem de natureza quase sempre imprevisível e de ocorrência superveniente à contratação entabulada segundo as premissas fornecidas

4 Ramo de interligação entre a geologia e a engenharia civil, no qual se estuda o comportamento mecânico, hidráulico e mesmo químico, do material de fundação, assim como da interferência de obras de infraestrutura de qualquer natureza sobre sua fundação, seja ela em solo ou em rocha – Prof. Paulo Barbosa do Departamento de engenharia Civil da Universidade Federal de Viçosa/MG.

pelo Contratante na fase de concorrência, devem, necessariamente, ser classificados na matriz de riscos como um risco extraordinário, evitando-se a sua alocação para a parte Contratada e a assunção das consequências decorrentes de eventual ocorrência.

No entendimento de Pedro Augusto:

“Algo que seja possível, mas de probabilidade de ocorrência remota à luz dos estudos geotécnicos elaborados para determinado projeto, deve ser considerado como imprevisível, caracterizando álea econômica e extra contratual”. 5.

Nessa linha de raciocínio, e conforme leciona Leonardo Toledo:

*“A variação, ao longo da execução, das premissas técnicas e comerciais fornecidas pelo contratante para a formulação do preço deve ser entendida como risco alocado as contratantes.”*6”

Segundo leciona Valfrêdo de Assis, confirmando a linha de raciocínio acima:

*“Se, durante a execução das obras, o empreiteiro vier a verificar que uma ou mais premissas utilizadas na formulação do preço eram incorretas, ou incompletas, ele poderá ter um sobrecusto não previsto.”*7

Como exemplo pode-se citar ainda a previsão de que o Contratado ter considerado em sua proposta que para dimensionamento do tempo de execução das atividades e mensuração dos índices de produtividade dos recursos de produção, todas as áreas de trabalho deveriam ser liberadas com antecedência mínima de 10 dias do início das atividades. Entretanto, durante a execução do contrato, vieram a ocorrer atrasos consideráveis na liberação das frentes de serviço, com impacto sobre toda a sequência de trabalho programado pela a contratada e não cumprimento dos índices de produtividade previstos.

Outro exemplo é a previsão de que todos os projetos construtivos foram liberados para a construção em sua versão definitiva, bem como que as especificações técnicas

5 GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto. *Riscos na indústria da construção: a questão da geologia e geotécnica*. Direito da Construção, Coordenação Fernando Marcondes, São Paulo: Editora PINI, 2014, p-. 331.

6 DA SILVA, Leonardo Toledo. Direito e infraestrutura, São Paulo: Saraiva, p. 40-41.

7 RIBEIRO FILHO, Valfredo de Assis. *Modelo de Contrato EPC – Engineering, Procurement and Construction – como instrumento de redução de riscos e custos em Project finance* – Dissertação de mestrado em regulação da indústria de energia. UNIFACS, Salvador, 2008, p.75

a serem seguidas são aquelas previstas no edital de concorrência. Ocorre que, durante a execução dos serviços, vieram a ocorrer diversas modificações dos projetos decorrentes de inconsistências, incompletudes ou ausência de interação entre as disciplinas civil, mecânica e elétrica, além da modificação da especificação de insumos e materiais de construção, gerando a necessidade de refazimento de serviços (retrabalho), modificação das etapas construtivas, necessidade de aquisição de novos materiais ou de contratação de subempreiteiros com know-how específico para executar determinada atividade, com modificação de todo o planejamento construtivo inicialmente considerado.

Estas variações nas premissas contratuais iniciais constituem um consequente aumento de custos ao empreiteiro, visto que ou o prazo da obra se estende, com postergação de custos indiretos não previstos inicialmente, ou é necessário um incremento adicional de recursos de produção (majoração de custos diretos), inclusive com realização de atividades em horário extraordinário (horas extras - maior consumo de homens x hora a de horas x máquina) devido à necessidade de aceleração das obras para garantir que os prazos de conclusão inicialmente previstas serão cumpridos, advindo, daí, sobrecustos adicionais e extraordinários ao contratado, que deverá solicitar o ressarcimento integral à parte contratante desde que presentes todos os requisitos acima informados.

Nesse sentido a apresentação de solicitação de ressarcimento de prejuízos (ajuste contratual / reequilíbrio econômico e financeiro do contrato / *claim*) será realizada com base em risco contratualmente alocado à Contratante, e deverá ter sua solução à luz do procedimento específico estipulado em contrato, geralmente intitulado de mecanismo de resolução de disputas ou conflitos.

Mesmo que não haja no contrato uma fórmula, métrica ou procedimento para avaliação de mudanças e tramitação de solicitações de ressarcimento (comuns em todos os projetos de engenharia devido ao seu alto grau de incidência de riscos contratuais e extracontratuais), a Contratada fará *jus* a solicitar a recomposição do equilíbrio econômico e financeiro violado, sempre que, em qualquer das hipóteses, embasada em estudos técnicos, jurídico-contratuais e financeiros consistentes, com a comprovação (evidências, registros, documentação) dos impactos negativos ocorridos (qualificação do mérito da demanda), e mensuração dos sobrecustos adicionais incorridos (quantificação do prejuízo) para permitir a consequente repactuação de preço, prazo ou objeto, e promover os ressarcimentos financeiros adequados e suficientes ao retorno do *status quo ante* (condições contratuais originalmente pactuadas).

Entretanto, situações ocorrem nas quais, mesmo havendo um risco contratualmente alocado à parte Contratada, os prejuízos daí decorrentes deverão ser assumidos pela parte Contratante, desde que seja possível comprovar se tratarem de atos, fatos ou eventos supervenientes e imprevisíveis, que gerem onerosidade excessiva para aquela (teoria da imprevisão).

Abaixo avaliaremos as hipóteses de ressarcimento fundadas na teoria da imprevisão.

2.2) – SOLICITAÇÃO DE RESSARCIMENTO RELACIONADA A RISCO CONTRATUALMENTE ALOCADO À CONTRATADA - DA TEORIA DA IMPREVISÃO:

Mesmo considerando que determinados riscos são contratualmente alocados como de responsabilidade da Contratada, como por exemplo os riscos construtivos, há situações nas quais, mesmo havendo responsabilidade expressa da Contratada pela ocorrência de determinado risco, poderá ela fazer *jus* ao ressarcimento de prejuízos incorridos e a incorrer durante a execução do projeto.

Conforme bem esclarece Valfredo de Assis Ribeiro Filho:

“Não é possível ao empreiteiro contingenciar aquilo que não pode prever, somente podendo contingenciar em relação a riscos previsíveis que poderão ocorrer no decorrer da obra.”⁸

Diversas situações podem ocorrer durante a execução do contrato, que podem descaracterizar por completo as condições normais de trabalho planejadas, se consideradas as premissas técnicas, comerciais e contratuais essenciais sobre as quais foi celebrado o contrato, constituindo fatos imprevisíveis, com repercussão negativa sobre a exequibilidade esperada do projeto.

Em razão do acima exposto, a Contratada pode vir a sofrer grave prejuízo, incorrendo em custos adicionais e insuportáveis, caracterizados como álea econômica e extracontratual, visto que não possíveis de serem previstos na formação original do preço ofertado ou, mesmo previstos, tenham assumido consequências incalculáveis.

Diante desta situação, totalmente alheia à responsabilidade, previsibilidade e controle da Contratada, a equação econômico-financeira do contrato geralmente é rompida, gerando impactos diretos sobre o fluxo de caixa planejado, com modificação substancial do planejamento estratégico do negócio, seja em função da não confirmação da regularidade de recursos e custos provisionados, seja em razão da não confirmação da lucratividade esperada ou da incidência de custos superiores aos inicialmente orçados.

Diante desse quadro, é imprescindível que seja procedido o devido ajuste contratual, de forma a retornar ao estado de equilíbrio econômico e financeiro do contrato, com base na incidência da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, mediante demonstração cabal dos impactos negativos sofridos tanto em sua dimensão qualitativa quanto quantitativa.

⁸ DA SILVA, Leonardo Toledo. Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. Direito e Infraestrutura. São Paulo: Saraiva, p.27

Tais conceitos basilares da estrutura normativa do ordenamento jurídico nacional impõem como medida salutar o repúdio às situações de onerosidade excessiva nos contratos jurídicos celebrados. No dizer da Professora Teresa Negreiros 9:

“O contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratado.”

Na mesma senda, a lição da jurista Patrícia Borges Guérios¹⁰:

“(...) o princípio do equilíbrio contratual se apresenta como um “limitador” da cláusula pacta sunt servanda, porém sempre condicionado à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível, causador de onerosidade excessiva a uma das partes (teoria da imprevisão), hábil a destruir a relação inicialmente entabulada: de (uma suposta) equivalência entre as prestações (teoria da quebra da base do contrato). (...)

Nada obstante, o princípio do equilíbrio contratual atua como um dever de renegociação que é imposto aos contratantes, quaisquer que sejam, objetivando o restabelecimento da equação econômica do contrato, nas referidas situações, balizado pelo princípio da boa-fé e pelos deveres de lealdade e cooperação, a fim de atingir o fim econômico e social do contrato.” (grifo nosso)

Na lição do jurista Fernando Rodrigues Martins¹¹:

“A onerosidade excessiva caracteriza-se como um evento inesperado no curso da execução de um contrato de longa duração e que afeta drasticamente sua base negocial, tornando a entabulação prejudicial a uma das partes, já que a equivalência entre a prestação e contraprestação, em virtude de fato superveniente, é quase que totalmente rompida. Por isso que o sistema jurídico admite dois remédios excepcionais para essa patologia: a revisão (modificação)

9 NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, 2002, p. 156

10 GUÉRIOS, Patricia Borges. Função social e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, privados e administrativos. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9548&revista_caderno=4, acesso em 02/12/2014.

11 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319.

do contrato, para o retorno da normalidade, ou sua resolução”
(grifo nosso)

Em razão da ocorrência de fatos imprevistos e externos à vontade das partes, a doutrina jurídica majoritária entende ser possível relativizar o princípio da força obrigatória (imutabilidade) dos contratos ante a prevalência dos princípios de direito superiores, que devem nortear todas as relações jurídicas, e que inclusive possui força hierárquica superior no ordenamento jurídico, conforme leciona MORAES (2001):

“Fazendo uso dos princípios jurídicos de equidade, justiça, moral, cooperação, boa-fé e função social do contrato, o princípio da força obrigatória dos contratos (Rebus Sic Stantibus) pode ser sopesado e sobrepujado ante os princípios maiores de direito.”¹².

Assim, relatamos, de forma completa, os quatro pré-requisitos básicos essenciais e imprescindíveis para incidência da teoria da imprevisão e a caracterização do direito de pleitear a repactuação da avença inicial, mesmo diante de um risco contratualmente alocado à Contratada, sendo eles:

- 1. Contrato de execução periódica, continuada ou diferida (empregada parcial a preço global).**
- 2. Ocorrência de fato imprevisível posteriormente à celebração e antes da execução completa do contrato;**
- 3. O fato (ou fatos) ocorridos impactaram drasticamente a execução do contrato, onerando demasiadamente uma das partes contratantes.**
- 4. A parte prejudicada não tem responsabilidade sobre os fatos ocorridos e os sobrecustos extraordinários incorridos.**

Segundo bem leciona MORAES (2001)¹³, ainda que algum destes requisitos não esteja perfeitamente demonstrado, pode-se falar em revisão contratual para evitar o desequilíbrio da relação contratual e a imposição de prejuízos unilateralmente para uma das partes.

O artigo 317 do Código Civil, bem como os arts. 418 e 419 do diploma adjetivo, estabelecem as bases sobre as quais estão fundadas a repactuação sob o prisma legal e jurídico em qualquer contrato de natureza privada, ficando a cargo da Constituição Federal, do art. 65, II, “d” e §6º da Lei nº 8.666/93 e o o artigo 9º, § 2º, da Lei nº 8.987/95

¹² MORAES, Renato José. *Clausula Rebus sic stantibus*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 161.

¹³ Op. Cit., p. 275

Ambos os ditames legais estabelecem que, havendo desproporção ou onerosidade excessiva entre o objeto do pagamento (preço contratual) e a prestação a ser cumprida (execução do contratual) comparativamente ao momento da celebração (premissas contratuais essenciais inicialmente consideradas), em razão da ocorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários, o contrato pode ser revisado ou resolvido, para garantia da devida adequação (ajuste), tendo em vista os sobrecustos extraordinários incorridos e a incorrer à Contratada, comparativamente à remuneração contratual até então prestada e programada pela Contratante, sem considerar os insuportáveis prejuízos incorridos.

Seja em função do princípio da autonomia da vontade das partes, segundo a qual se as partes tivessem conhecimento ou pudessem ter previsto os eventos extraordinários, teriam contratado de forma diversa, seja em função da teoria da imprevisão¹⁴, segundo a qual é possível modificar o conteúdo de contratos cujas bases do negócio foram alteradas.

Desta forma, havendo risco contratualmente alocado à Contratada, porém concretizando-se prejuízos decorrentes de fatos, atos ou eventos extraordinários e imprevisíveis, alheios à sua responsabilidade e controle, lhe gerando onerosidade excessiva, os pedidos de ressarcimento formulados devem ser levados a conhecimento do dono da obra para o devido ressarcimento, visto que ele é o beneficiário econômico final da construção do empreendimento.

3. – CONCLUSÃO:

Sendo o contrato de engenharia um instrumento jurídico de alta complexidade, suscetível da ocorrência de riscos de diversas naturezas, é bastante comum que ocorram diversos aditivos para equacionar as modificações das condições de trabalho e das premissas contratuais essenciais, adequando a realidade executiva aos direitos e obrigações formalizados em contrato.

É, portanto, de suma importância conhecer a matriz de riscos e responsabilidades contratuais para fazer frente às exigências necessárias no tempo e forma a adequadas quando de sua ocorrência, visto que o contrato deve seguir sua lógica e curso natural, atribuindo a cada qual a responsabilidade previamente acordada.

Entender ainda a natureza do risco ocorrido, saber classifica-lo e avaliar as suas consequências (quantitativa e qualitativamente) é de fundamental importância para

¹⁴ Cláusula *Rebus Sic Stantibus* ou teoria da base do negócio.

estruturar uma reivindicação comercial seja de solicitação de ressarcimento relacionada a risco alocado contratualmente à Contratante ou de solicitação de ressarcimento relacionada a risco alocado contratualmente à Contratada com base na incidência da teoria da imprevisão.

O importante é que o contrato de engenharia seja avaliado sempre pela ótica técnica e jurídica, de forma simultânea e estratégica, visando sempre à manutenção das bases sobre as quais o negócio jurídico foi celebrado, pautado na boa fé-contratual, na equivalência das prestações e na vedação ao enriquecimento ilícito, entregando a cada parte contratante aquilo a que faz *jus* de forma a garantir o cumprimento das premissas contratuais essenciais, obter segurança jurídica e assegurar a manutenção ou reestabelecimento da equação econômico-financeira inicialmente entabulada para consolidação da relação ganha-ganha e atendimento dos objetivos, metas e métricas projetadas pelas partes.

DA DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA PARA FINS DE IMPLANTAÇÃO DE LOTEAMENTO: PRIMEIRAS TESSITURAS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Em consonância com as ponderações aventadas até o momento, quadra sublinhar que o direito de propriedade encontra salvaguarda no inciso XXII do artigo 5º do Texto Constitucional, sendo exigido, porém, que a propriedade atinja sua função social, nos termos do inciso XXIII do mesmo dispositivo ora mencionado. Desta feita, é possível assinalar que será lícito ao Estado intervir na propriedade toda vez em que se verificar o não cumprimento de seu papel no seio social, logo, com a intervenção, o Estado passa a desempenhar sua função primordial, a saber: atuar conforme as reivindicações de interesse público. A intervenção em comento pode ser agrupada em duas categorias distintas: de um lado, a intervenção restritiva, por meio da qual o Poder Público retira algumas das faculdades concernentes ao domínio, conquanto seja mantida a propriedade em favor do dono; doutro ângulo, a intervenção supressiva, que desencadeia a transferência da propriedade de seu dono para o Estado, acarretando, conseqüentemente, a perda da propriedade. Com efeito, cuida reconhecer que o instituto da desapropriação encontra-se alcançado pela intervenção mais drástica por parte do Estado, ou seja, aquela capaz de provocar a perda da propriedade. Cuidar enunciar que a desapropriação configura procedimento de direito público por meio do qual o Poder Público transfere

para si a propriedade de terceiros, por razão de utilidade pública ou de interesse social, comumente mediante pagamento de verba indenizatória.

Palavras-chaves: Intervenção do Estado. Desapropriação Urbanística. Implantação de Loteamento.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: O Aspecto de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico; 3 Comentários Gerais ao Instituto da Desapropriação no Ordenamento Brasileiro; 4 Da Desapropriação Urbanística para fins de Implantação de Loteamento: Primeiras Tessituras.

1 Ponderações Introdutórias: O Aspecto de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus

Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

2 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Esboço Histórico

Em uma primeira plana, o tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprindo, via de consequência, as ações individuais. “*Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social*”[4], como obtempera José dos Santos Carvalho Filho. Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez feire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. “*O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias*”[5], compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Nº 672.579/RJ, firmou entendimento que “*ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não*

regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido”[6]. Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. *“Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída*”[7], por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. *“O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais*”[8].

3 Comentários Gerais ao Instituto da Desapropriação no Ordenamento Brasileiro

Em consonância com as ponderações aventadas até o momento, quadra sublinhar que o direito de propriedade encontra salvaguarda no inciso XXII do artigo 5º do Texto Constitucional[9], sendo exigido, porém, que a propriedade atinja sua função social, nos termos do inciso XXIII[10] do mesmo dispositivo ora mencionado. Desta feita, é possível assinalar que será lícito ao Estado intervir na propriedade toda vez em que se verificar o não cumprimento de seu papel no seio social, logo, com a intervenção, o Estado passa a desempenhar sua função primordial, a saber:

atuar conforme as reivindicações de interesse público. Consoante o magistério de Carvalho Filho^[11], a intervenção em comento pode ser agrupada em duas categorias distintas: de um lado, a intervenção restritiva, por meio da qual o Poder Público retira algumas das faculdades concernentes ao domínio, conquanto seja mantida a propriedade em favor do dono; doutro ângulo, a intervenção supressiva, que desencadeia a transferência da propriedade de seu dono para o Estado, acarretando, conseqüentemente, a perda da propriedade. Com efeito, cuida reconhecer que o instituto da desapropriação encontra-se alcançado pela intervenção mais drástica por parte do Estado, ou seja, aquela capaz de provocar a perda da propriedade.

Tecidos tais comentários, cuidar enunciar que a desapropriação configura procedimento de direito público por meio do qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiros, por razão de utilidade pública ou de interesse social, comumente mediante pagamento de verba indenizatória. Ademais, em se tratando de um procedimento de direito público retrata a existência de uma sequência de atos e atividades do Estado e do proprietário, desenvolvidas nas órbitas administrativa e judicial. Com efeito, sobre o procedimento em comento incidem normas de direito público, maiormente nos aspectos que demonstram a supremacia do Estado sobre o proprietário. Ao lado disso, cumpre evidenciar que o escopo da desapropriação reside na transferência do bem desapropriado para o acervo do expropriante, sendo que esse objetivo só pode ser materializado se houver os requisitos ensejadores substancializados, ou seja, a utilidade pública ou o interesse social. Como regra geral, a indenização é paga pela transferência das desapropriações, só por exceção admitindo a ausência desse pagamento indenizatório.

Neste diapasão, a natureza jurídica do instituto da desapropriação é de procedimento administrativo e, quase sempre, também judicial. Ora, considera-se procedimento como um conjunto de atos e de atividades, devidamente formalizados e produzidos com sequência, com o escopo de se alcançar determinado objetivo. Em aludido procedimento de desapropriação, tais atos se originam não somente do Poder Público, mas também do particular proprietário. Convém, ainda, mencionar que o procedimento tem seu curso, quase sempre, em duas fases. A primeira é a

administrativa, na qual o Poder Público declara seu interesse na desapropriação e começa a adotar as providências visando à transferência do bem. Por vezes, a desapropriação encontra seu esgotamento nessa fase, havendo acordo com o proprietário. Tal situação, porém, destaque-se, é considerada rara. O normal é prolongar-se pela outra fase, a judicial, substancializada por meio da ação a ser movida pelo Estado em face do proprietário.

No que concernem aos pressupostos, considera-se que a desapropriação só pode ser considerada legítima se reunir a utilidade pública, compreendendo-se em tal requisito a necessidade pública, e o interesse social. Carvalho Filho^[12] vai aduzir que a utilidade pública resta materializada quando a transferência do bem se apresenta conveniente para Administração, ao passo que a necessidade pública decorre de situações de emergência, cuja solução reclame a desapropriação do bem. Conquanto o Texto Constitucional se refira a ambas as expressões, o correto é a noção de necessidade pública já está inserta na de utilidade pública, porquanto esta é mais abrangente que aquela, de maneira que se pode dizer que tudo que for necessário será útil. O interesse social, por sua vez, consiste naquelas hipóteses em que mais se sublinha a função da propriedade. O Poder Público, em tais episódicas situações, tem preponderantemente o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas, encontrando nos assentamentos de colonos e na reforma agrária os exemplos mais robustos. É importante assinalar que ambos os requisitos autorizadores materializam conceitos jurídicos indeterminados, porquanto são despojados de precisa que permita a identificação. Logo, importa frisar que ambos os conceitos serão aludidos na legislação pertinente.

4 Da Desapropriação Urbanística para fins de Implantação de Loteamento: Primeiras Tessituras

Em alinhamento aos comentários tecidos até o momento, cuida mencionar que a alínea “i” do artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941^[13], que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, estabelece, como hipótese de desapropriação por utilidade pública, o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética. Denota-se do dispositivo legal em apreço

o emprego do termo “parcelamento”, o que implica dizer que as urbanizações se darão sob a forma de loteamento ou de desmembramento. Como bem obtempera Diógenes Gasparini[14], em sede de loteamento, verifica-se a abertura de vias de comunicação no interior da gleba e pode haver a utilização do sistema viário oficial, por meio do qual, em qualquer caso, os lotes terão frente, ao passo que no desmembramento não há vias de comunicação no interior das glebas, pois os lotes fazem frente para o sistema viário considerado como oficial.

É perceptível, portanto, que duas são as hipóteses possíveis de desapropriação para a implantação dessas urbanizações: a primeira a dos loteamentos; a segunda dos desmembramentos. Com efeito, a gleba, área dotada de dimensões que permitem a implantação dessas urbanizações, há de pertencer imprescindivelmente à zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica, podendo estar ou não edificada. Frise-se, oportunamente, que somente cabe a desapropriação se o ambicionado pelo Poder Público residir na melhor utilização econômica, higiênica ou estética da área assim urbanizável. Desta feita, o parcelamento deve integrar a urbanização que dará a essa área melhor utilização econômica, higiênica ou estética. Quadra reconhecer que a hipótese consagrada na alínea “i” do artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941[15], que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, não versa sobre loteamento popular, conquanto essa espécie de urbanização seja possível em decorrência da dicção do §3º[16] do dispositivo ora mencionado.

É importante, ainda, mencionar que, durante a vigência do §4º do dispositivo supramencionado, acrescentado pela Medida Provisória nº 700, de 8 de dezembro de 2015[17], que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, foi estabelecida a dispensa do título de propriedade, quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União Federal, Estado, Distrito Federal, Município e suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação.

Gasparini[18] vai mencionar que a implantação, qualquer que seja a espécie de parcelamento, deverá observar a legislação urbanística e ambiental vigente. Logo, uma vez implantado o parcelamento, ou seja, executado e registrado no cartório competente, o Poder Público expropriante poderá alienar os lotes resultantes, devendo, contudo, observar as cautelas legais, a exemplo de legislação autorizadora para tal escopo e o procedimento licitatório, conquanto Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941[19], não faça qualquer menção a tal hipótese. Ora, ainda que assim não seja, não se pode compreender que o Poder Público com outra responsabilidade, senão a de implantar parcelamentos para os mencionados fins e posteriormente promover a alienação dos lotes advindos dessa urbanização. Com efeito, a legislação deverá autorizar o Poder Público a desapropriar a gleba, estabelecer os aspectos caracterizadores da urbanização do parcelamento, prescrever o modo e as condições de alienação dos lotes e dar outras providências. No mais, a alienação, consoante o interesse público, pode ocorrer mediante venda, doação ou permuta, não havendo, pois, nenhuma restrição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < www.planalto.org.br >. Acesso em 13 jul. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

_____. **Medida Provisória nº 700, de 8 de dezembro de 2015.** Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 711.

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 661.

[6] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Servidor público. Adicional noturno. Regime de plantão semanal. Necessário reexame da legislação infraconstitucional. Análise do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da súmula 279 do STF. Agravo regimental desprovido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 29 mai. 2012. Publicado em 19 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

[7] MEIRELLES, 2012, p. 662.

[8] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso em Mandado de Segurança N° 27.428/GO. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta corrente em instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade. Recurso ordinário improvido. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 03 mar. 2011. Publicado em 14 mar. 2011. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

[9] *Idem*. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < www.planalto.org.br >. Acesso em 13 jul. 2016. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [omissis] XXII - é garantido o direito de propriedade.

[10] *Ibid.* Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [omissis] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

[11] CARVALHO FILHO, 2011.

[12] CARVALHO FILHO, 2011.

[13] BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

[14] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[15] BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

[16] *Ibid.* Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: [omissis] § 3º Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão.

[17] *Idem.* **Medida Provisória nº 700, de 8 de dezembro de 2015.** Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.

[18] GASPARINI, 2012.

[19] BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 13 jul. 2016.



UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES – UCAM
REBECA FONSECA DOS SANTOS

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU TERMO FATAL:
O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

BRASÍLIA-DF 2016

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES – UCAM
REBECA FONSECA DOS SANTOS

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU TERMO FATAL:
O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

**Artigo Científico encaminhado à Universidade
Cândido Mendes – UCAM, como requisito parcial
para a obtenção do título de Especialista em Direito
Penal e Processual Penal.**

BRASÍLIA-DF 2016

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU TERMO FATAL: O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Rebeca Fonseca dos Santos¹

RESUMO

Este ensaio teve como objetivo uma reflexão acerca do princípio jurídico da presunção de inocência, para determinar o momento em que o correspondente status é perdido pelo acusado, a partir de quando ele passaria a ostentar a condição de culpado. Por meio de análise da doutrina abalizada e de textos normativos nacionais e internacionais, procurou-se investigar e compreender os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126292, que modificou sua orientação jurisprudencial e passou a entender ser possível a imediata execução da pena depois da confirmação da sentença penal condenatória pelo tribunal de apelação, mesmo que pendente prazo recursal. Os resultados atestaram que, enquanto vigente o Estado instituído pela Constituição Federal de 1988, inexistirá espaço para execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso caracteriza o equívoco interpretativo a que se chegou a Corte Constitucional brasileira no referido HC 126.292, num perigoso precedente que fragilizou dispositivo constitucional imutável.

Palavras-chave: inocência. Presunção. Culpado. Trânsito em Julgado.

Introdução

Presunção de inocência ou não culpabilidade, princípio jurídico sobre o qual o STF (Supremo Tribunal Federal) mudou recentemente sua orientação jurisprudencial, passando a entender, de efeito, ser possível a imediata execução da pena depois da confirmação da sentença penal condenatória pelo tribunal de apelação, mesmo que pendente prazo recursal. Essa guinada, embora reservada em processo subjetivo, tem forte indicativo a ser replicada por outros órgãos jurisdicionais. A temática, assim, desafia reflexão da comunidade jurídica.

Desde 2009 (HC 84.078), o STF vinha adotando o entendimento de que o início da execução da pena estava condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Todavia, em sessão realizada em 17.02.2016 (HC 126.292), a Corte passou a entender pela possibilidade de execução da pena cuja sentença já tenha sido confirmada pelo tribunal recursal ordinário, instância na qual, nos casos concretos, segundo o colegiado, esgotar-se-ia a presunção de inocência do imputado, que passaria, por lógica, a ostentar o *status* de culpado.

No voto condutor do acórdão (HC 126.292), o relator (Teori Zavaski) consignou na fundamentação: (a) que nos direitos comparado e internacional não é exigido o trânsito em julgado como condição para execução da pena; (b) que a postergação da execução serviria a

¹ Pós-graduanda pela Universidade Cândido Mendes – UCAM, em parceria com o Instituto PROMINAS. Graduada em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO (Recife/PE, 2012).

fomento de recursos protelatórios; (c) que a segunda instância seria o último momento de exame de fatos e provas da culpa; e (d) que, assim, estaria equilibrada a efetividade da jurisdição penal, atendendo a valores da sociedade ante o intrincado e complexo sistema.

É de bom alvitre ressaltar que não será objeto deste estudo a prisão de natureza processual e tampouco ele se estenderá sobre a comutação de prisão processual em prisão penal benéfica ao imputado, a que aludem as Súmulas 716 e 717 do STF, segundo as quais, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, admitem-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada. O presente trabalho limitar-se-á aos fundamentos jurídicos aduzidos pelo relator no HC 126.292.

Com efeito, o presente ensaio pretende instigar a reflexão da comunidade jurídica sobre a problemática, a saber, o *termo ad quem* da presunção da inocência, a partir de quando seria possível o início de execução da pena. Confrontar-se-á os fundamentos da decisão do HC 126.292 com a matriz dogmática constitucional brasileira. Revisitar-se-á a doutrina avalizada, para demonstrar que não havia espaço jurídico para a referida mudança de orientação da jurisprudência do STF acerca da temática.

Adotou-se neste estudo a metodologia de revisão bibliográfica, circunscrevendo o problema – fundamentos do HC 126.926 – dentro do referencial teórico para a construção da pesquisa, numa articulação e integração das fontes de referência. Todavia, tendo em vista a proposição de refutação do fato/problema, não haveria como se furtar a pesquisadora ao esforço, mesmo que de forma tangencial, de análises comparativas e formulação de afirmações. Diálogo das fontes, numa construção para refutação de um fato-problema.

A se demonstrar, ao final, o grave perigo para o Estado Democrático de Direito, com a flexibilização da garantia de presunção de inocência pelo STF na decisão do HC 126.292, com minoração do seu vetor axiológico, a dignidade da pessoa humana, na referência da tutela da liberdade humana. Uma investida de um poder constituído onde nem sequer permitida ao poder constituinte derivado, situação de forte grito à insegurança jurídica acerca do bloco de garantias individuais esculpido na Constituição Federal de 1988.

Desenvolvimento

Os direitos humanos e a presunção de inocência ou não culpabilidade

Princípio basilar do Estado de Direito e vocacionado à tutela da liberdade pessoal (MORAES, 2002, p. 385), a presunção de inocência ou não culpabilidade tem previsão nos sistemas jurídicos universal, regional e nacional, respectivamente, no art. 11, I, da DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), no art. 8º, 2, da CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica), e no art. 5º, LVII, da CF/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Todo “acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”, asseguradas todas as garantias necessárias à defesa (art. 11, I, da DUDH). “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, devendo-lhe ser assegurada as garantias processuais (art. 8º, 2, da CADH). “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/88).

Tratando-se a presunção de inocência de uma expressão dos Direitos Humanos, que tem como matriz axiológica a dignidade da pessoa humana (Preambulo da DUDH), ele pode ser amplificado, nunca mitigado ou extirpado, conforme art. 5º, 2, do PIDCP (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), que estabelece “regra de inteligência” para interpretação das normas de direitos humanos, em ordem a dotá-las da maior amplitude possível, de modo a lhes conferir máxima eficácia (WEIS, 1999, p. 31).

A mesma compreensão se extrai do § 2º do art. 5º da CF/88, segundo o qual “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”. A normativa constitucional brasileira, nesse tom, abre espaço para amplificação dos direitos e garantias fundamentais, a dizer, do bloco de direitos humanos. Não para sua mitigação ou extirpação. Trata-se de vetor hermenêutico de maximização.

Com efeito, superada a compreensão dualista entre direito interno e internacional dos direitos humanos pela confluência encontrada no vetor axiológico de proteção mais eficaz ao ser humano, mediante interação dos sistemas. “Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos”, adotando o valor da primazia da pessoa humana para proporcionar a maior efetividade possível na tutela dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2012, p. 44).

No bloco dos direitos humanos, onde se encontra a presunção de inocência, o critério interpretativo ou de solução de conflito normativo é a maximização da dignidade da pessoa humana – vetor axiológico –, atraindo a aplicação que melhor proteção confira ao ser

humano. “Assim, no âmbito dos direitos humanos o critério interpretativo adotado é, portanto, aquele que entende como aplicável a norma que confere maior proteção ao ser humano, ampliando os direitos que protegem e promovem sua dignidade” (WEIS, 1999, p. 31).

O direito interno carrega maior proteção na tutela da dignidade da pessoa humana, ao proclamar que alguém somente poderá ser considerado culpado depois do “trânsito em julgado”, exigência não utilizada no “direito internacional” e dificilmente encontrada no “direito comparado”. Assim, se não para conferir maior proteção à presunção de inocência, afigura-se equivocado o garimpo de regras ou de interpretações no “direito internacional” ou no “direito comparado” para mitigação na aplicação do art. 5º, LVII, da CF/88.

A opção processual penal garantista e a presunção de inocência

À presunção da inocência, como assentou a CorteIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos) na sentença do caso *Suárez Rosero vs Equador* (1997, p. 21), “subjaz o propósito das garantias judiciais”. Pressuposto de todas as outras garantias processuais. Trata-se, em flexão inversa, de “uma projeção dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do *favor libertatis*, do *in dubio pro reu* e da *nulla poena sine culpa*” (BULOS, 2007, p. 547).

Mais que isso, a “presunção de inocência é um princípio potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico”, expressivo signo da dignidade da pessoa humana (GIACOMOLLI, 2013, 442), de um sistema processual penal garantista e revelador da opção constitucional. “Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.” (FERRAJOLI, 2014, p. 506).

Isso porque, a liberdade é a ordem natural (art. 1º, da DUDH). A regra é a liberdade individual (NUCCI, 2012, p. 269). “A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo” (FERRAJOLI, 2014, p. 506). Como a regra é a manutenção da liberdade do cidadão, partindo-se de sua inocência, não da culpabilidade, “o extraordinário que comporta prova e não a ordem natural da pessoa, ou seja, a sua inocência” (GIACOMOLLI, 2013, p. 444).

No Estado de Direito, a formação da culpa do acusado não pode fugir do princípio de submissão à jurisdição, como atividade imprescindível para obtenção da prova da prática de um delito (FERRAJOLI, 2014, p. 505), porquanto a pena de prisão deve ser precedida pela

declaração do crime (BECCARIA, 2012, p. 90), resguardado o devido processo legal, postulado matriz do instrumento necessário ao exercício do direito ao contraditório e do amplo direito de defesa, em ordem à garantia da presunção da inocência.

Como é assente na doutrina, o processo penal é o meio de assegurar a tutela da liberdade e o exercício da ampla defesa, não instrumento de opressão estatal. Tem por “finalidade a proteção do inocente frente à atuação punitiva do Estado” (COÊLHO, 2015, p. 57). Dessa sorte, imprescindível ao Estado acusador comprovar a culpabilidade do indivíduo (MORAES, 2002, p. 385). É direito subjetivo do acusado refutar e “destruir” essa pretensão de comprovação de culpa durante toda a tramitação do processo (art. 5º, LV, da CF/88).

A propósito, dispõe a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LV) que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Estruturado, assim, o mínimo ético positivado da matriz tutelar do devido processo legal: direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo todos os meios e recursos inerentes. Foi expressa a Carta Magna de 1988 na garantia fundamental aos recursos previstos no ordenamento jurídico.

Recursos como mecanismos ou instrumentos processuais inerentes e aptos ao exercício da ampla defesa. A dizer, aos acusados em geral é assegurado o amplo direito de defesa, com espaço para refutação fático-probatória no exercício do contraditório e amplificação mediante faculdade de interposição dos recursos previstos no sistema processual. “A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária” (STF, HC 84078).

Os recursos como elementos da integral jurisdição e a presunção de inocência

Na dicção da CorteIDH (1997, p. 71), em matéria penal, o processo somente termina quando esgotada a jurisdição com a prolação de sentença definitiva e encerramento da fase recursal. “O recurso é um direito do réu (como também do órgão acusatório)” (NUCCI, 2012, p. 269), inerente ao devido processo legal (art. 5º, LV, da CF/88). Dessa sorte, somente depois de preclusa ou esgotada a fase recursal, experimentado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá o acusado ser considerado culpado (art. 5º, LVII, da CF/88).

De se afirmar, assim, que, com o julgamento do mérito e realizado o serviço jurisdicional, esgotada a oportunidade de recurso, considera-se a sentença transitada em julgado, na definição prevista na parte final do art. 502, do Código de Processo Civil de 2015

(art. 467, do revogado CPC/1973). Não se pode descurar que é idêntica a natureza da coisa julgada nos processos civil e penal, não havendo diversidade ontológica, mas tão-somente regulamentação diversa de acordo com as diversas relações jurídicas materiais às quais lhes servem de instrumento (GRINOVER *et al*, 2009, p. 330).

Equacionando o conceito de trânsito em julgado, para identificação do termo fatal da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), assaz a normativa vigente: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (§ 3º do art. 6º do Decreto-Lei 4.657/42); “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502, do CPC/2015). A revogada: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (art. 467, do CPC/1973).

Transita em julgado a sentença não mais sujeita a recursos (GRINOVER, 2009, p. 328). Pendente prazo recursal sem renúncia pelo sucumbente ou interposto o recurso e enquanto se aguarda o julgamento, não há como incidir a coisa julgada sobre a decisão impugnada ou sujeita a impugnação (MARINONI, 2004, p. 557). A coisa julgada é a consagração do trânsito em julgado, *status* da decisão judicial não mais sujeita a recurso. A não mais sujeitar a recursos, transita a sentença em julgado e forma, de efeito, a coisa julgada.

Consagrado na normativa brasileira e assente na doutrina, portanto, que a existência da coisa julgada ou do trânsito em julgado pressupõe que a decisão não mais esteja sujeita a recurso. A preclusão recursal é *conditio sine qua non* para o trânsito em julgado e a qualificação da decisão como coisa julgada. Insuperável esse pressuposto da formação da coisa julgada por retórica de oportunidade e de conveniência. A aferição do instituto “coisa julgada” ou “trânsito em julgado” é questão jurídica, não de retórica de ocasião.

Sustentar que nos recursos especiais e extraordinários não existiria espaço para discussão sobre fatos e provas, a pretexto de fatiar o instituto da coisa julgada material como se existissem dois – um para questões fáticas e outro para questões de direito – é subverter um conceito consagrado no direito positivo e na doutrina. De curial sabença, não cabe ao intérprete fazer distinção onde o direito positivo não deixou abertura. Ademais, juízo de subsunção e reavaliação de provas não se confundem com “simples reexame de prova”.

É certo que, segundo o verbete 279 da Súmula da jurisprudência do STF, “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. No mesmo tom, o verbete 7 da Súmula da jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça): “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Todavia, “simples reexame de prova” não se

confunde com reavaliação de prova e tampouco com juízo de subsunção fato-norma, inerentes a todo processo subjetivo e lavados a efeito em todas as instâncias.

Afigura-se deveras inapropriado forçar critérios distintivos dos conceitos de fato e de direito para fatiamento do significado da coisa julgada ou do trânsito em julgado no processo subjetivo, estrutura na qual o objeto sobre a qual recairá a atividade jurisdicional será mista (de fato e de direito). Não obstante instituto de direito processual, a coisa julgada é unitária e abrange a relação jurídica de direito material que lhe é subjacente, qual seja no direito penal, a pretensão punitiva do Estado contra a liberdade do acusado, num equacionamento fato-norma doutra forma inseparável para o desiderato punitivo: a execução da pena.

Não se deve confundir mero e “simples reexame de prova” com subsunção fato-norma, cujo exercício se revela necessário em todo estágio processual nas demandas de cunho subjetivo, exigido juízo semântico. Âncora processual subsuntiva fato-norma. O puro juízo sintático-normativo, confronto de normas, somente é exercido de forma pura nas demandas objetivas, consistentes em confrontos de símbolos linguístico-normativos. Nas demandas subjetivas, sempre haverá um fato subjacente, a se exigir juízo de subsunção à norma legal que lhe equacione, para a precisa e justa prestação jurisdicional.

O próprio STF já faz essa distinção entre simples reexame de provas (revolvimento) e reavaliação de provas (juízo subsuntivo), permitindo esta última inclusive nos instrumentos processuais de vias estreitas, como no Habeas Corpus e, por consequência, *mutatis mutandis*, também no recurso extraordinário (HC 98.816). No mesmo sentido também já o fez o STJ, para quem a “reavaliação de prova admitida na via especial corresponde à atribuição de qualificação jurídica diversa aos fatos narrados no acórdão” (AGARESP 672374), “consiste em aferir se, diante da legislação pertinente, determinado meio probatório é apto ou não a provar uma situação jurídica” (AGARESP 662519).

Com efeito, não obstante a via estreita dos recursos especial e extraordinário, que impede revolvimento fático-probatório, a atividade jurisdicional subjetiva pressupõe, em qualquer instância, juízo de subsunção fato-norma. Não afasta a aferição semântica para aplicar o direito. “A aplicação do Direito consiste em enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado” (MAXIMILIANO, 2011, P. 05). Não há como fugir a esfera recursal penal subjetiva, assim, da âncora subsuntiva fato-norma.

A “jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime” (FERRAJOLI, 2014, p. 505) e sua integral prestação somente se atinge quando

ultrapassada a fase recursal (CorteIDH, 2007, p. 21), não se podendo descuidar que todos “os recursos previstos no direito brasileiro impedem a incidência da preclusão sobre a decisão que estão aptos a atacar” (MARINONI, 2004, p. 557). Assim, enquanto não superada a fase recursal, não se pode dizer presente a certeza da culpa a viabilizar execução da pena.

A perigosa *jurisprudência sentimental ou defensiva* e a presunção de inocência

A presunção da inocência ou não culpabilidade consiste, portanto, “no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal” (MORAES, 2002, 385). “A presunção de inocência subsiste tal como declaram os preceitos constitucionais” (GOMES, 2013, P. 120). Até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, “o réu tem o direito público subjetivo de não ostentar o status de condenado” (BULOS, 2007, p. 547).

Somente em virtude da condenação penal, com trânsito em julgado, “instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência” (NUCCI, 2012, p. 264). E o início da execução da pena pressupõe a certificação da certeza da culpa. De efeito, as restrições “somente se justificam após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória” (GIACOMOLLI 2013, p. 444), de sorte que não se pode admitir prisão como medida de antecipação da pena malferindo a presunção de inocência (COÊLHO, 2015, p. 58).

Com efeito, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF/88). A dizer, antes do trânsito em julgado considera-se o acusado inocente. Dessa sorte, somente quando esgotado todos os prazos ou oportunidades de recursos, poderá o acusado ser considerado culpado. E a execução da pena pressupõe a certeza definitiva da culpa, que somente pode ser certificada depois de quando não mais possível se recorrer da decisão, a dizer, transitada em julgado.

O protesto contra o suposto intrincado e complexo sistema de justiça criminal, a pretexto de efetividade da função jurisdicional penal, de resposta a clamor social ou midiático ou para desestimular a sucessiva interposição de recursos supostamente indisfarçados de propósitos protelatórios, não pode ter seu êxito logrado a preço de redução de direito constitucional fundamental, sob pena de violação ao próprio Estado Democrático de Direito. Ao acusado, à faculdade de exercício de seus direitos em todos os seus termos.

Chama atenção a semelhança com a alegação de defesa ofertada pelo Equador no seu caso *vs* Suárez Rosero, segundo a qual deveria ser tomado em conta na mora do julgamento

as limitações enfrentadas pelo judiciário, o que não foi acolhido pela Corte IDH (1997, p. 20). No outro ponto, lembra o que Maximiliano denominou de “jurisprudência sentimental”, para cujo mestre quando “o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses” (2011, p. 68).

Na dicção do próprio STF outrora, “incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”, a saber, o devido processo legal, cujos corolários são vocacionados à tutela da presunção de inocência (HC 84078). Disse a Corte Suprema naquela oportunidade (05.02.2009) que a “antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal” (HC 84078).

Não pode o Judiciário transferir suas deficiências no desate do sistema penal à conta do acusado. “Jamais poderá o juiz transpor os limites pelo Código – *ultra quos citraque nequite consistere rectum* (‘além e aquém dos quais não pode o justo existir’)” (MAXIMILIANO, 2011, p. 69). Não pode o juiz tomar atitudes de meras respostas a clamor social e midiático sem se preocupar com o texto legal, guiando-se pelo sentimentalismo. “O papel da judicatura não é guiar-se pelo sentimentalismo; e sim, manter o equilíbrio dos interesses, e dentre estes distinguir os legítimos dos ilegítimos.” (MAXIMILIANO, 2011, 69).

O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), além de não comportar interpretação restritiva, que lhe diminua a expressão (art. 5º, § 2º, da CF/88), foi alçado pelo constituído originário à condição de cláusula pétrea, realidade jurídico-positiva que lhe resguarda contra qualquer investida que lhe pretenda mitigação até mesmo pelo constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV, da CF/88). Não pode o Judiciário, poder constituído (art. 2º, da CF/88), abolir e tampouco diminuir a amplitude da referida garantia individual.

Uma das principais características do Estado Democrático de Direito é a previsão de um bloco constitucional de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, como limites rígidos e insuperáveis ao exercício do poder estatal, cujos preceitos devem ser respeitados por todos e salvaguardados, em última trincheira, pelos órgãos jurisdicionais. Quando aqueles que têm o dever de lhes garantir a higidez os flexibilizam em estado de ocasião, pode-se certificar o tombo da segurança jurídica, em grito a uma *ditadura judiciária*.

Conclusão

Demonstrado, assim, que o princípio da presunção de inocência tem como vetor axiológico a dignidade da pessoa humana, de sorte que a estrutura como ele foi esculpido no sistema brasileiro carrega maior eficácia na proteção da liberdade que a formatação que lhe foi conferida nos direitos internacional e ou comparado, porquanto o direito interno exige a certificação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o acusado passe a ostentar o *status* de culpado. Prevalência da norma de maior proteção ao direito de liberdade.

A jurisdição é a atividade necessária para a certificação da culpa do acusado. Sua integral prestação somente se atinge quanto ultrapassada a fase recursal. Recurso é direito subjetivo do acusado, inerente à ampla defesa. Enquanto não superada a fase recursal, o acusado não poderá ser considerado culpado. E o *status* de culpado é condição indispensável para o início da execução da pena. A presunção de inocência subsiste como previsto na Constituição Federal, na estrutura de cujo princípio consta exigência de trânsito em julgado.

Integrante da estrutura do princípio da presunção de inocência, a coisa julgada material é unitária, não comportando divisão em questões de fato e de direito. Não se deve confundir simples reexame de provas com a âncora processual subsuntiva fato-norma, juízo inerente a todas as fases meritórias do processo nas demandas subjetivas. Retórica de ocasião não pode suplantar a consagrada definição do instituto coisa julgada ou trânsito em julgado, dada pela legislação e corretamente encampada sem reservas pela doutrina.

Somente em virtude da sentença penal condenatória com trânsito em julgado instala-se a certeza da culpa e se abandona o estado de inocência. E o início da execução da pena pressupõe a certificação da certeza da culpa. Não pode o judiciário, poder constituinte, onde não permitido sequer ao constituinte originário, em atropelo a essas premissas e a pretexto de salvaguarda da efetividade da jurisdição penal, encobrir a deficiência do sistema de justiça criminal a custo de direito fundamental do acusado, com fragilização do próprio Estado de Direito, em perigoso precedente, com grita à insegurança jurídica e uma *ditadura judiciária*.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. *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 >. Acesso em 28.03.2016.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, republicação de 17 de junho de 1943.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 17 de janeiro de 1973.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*, Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 17 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7, de 28 de junho de 1990*. Diário da Justiça, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 03 de setembro de 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial – AGARESP 672374*. Município do Rio de Janeiro e Espólio de Melchades Mariano. Relator: Ministro Humberto Martins. 28.04.2015. Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 6 de maio de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial – AGARESP 662519*. Carlton Hotelaria e Turismo Ltda. e Naoum Turismo e Hospedagem S/A. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 19.05.2015. Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 25 de maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 716, de 24 de setembro de 2003*. Diário da Justiça, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 9 de outubro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 717, de 24 de setembro de 2003*. Diário da Justiça, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 9 de outubro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279, de 13 de dezembro de 1963*. Anexo ao Regimento Interno, edição Imprensa Nacional, 1964, p. 127.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84078*. Omar Coelho Vitro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. 5 de fevereiro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 26 de fevereiro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 98816*. Mauri Rodrigues de Lima e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 29 de junho de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 3 de setembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126292*. Márcio Rodrigues Dantas e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Ata da Sessão de Julgamento, Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 19 de fevereiro de 2016. Acórdão ainda não publicado. Voto disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-voto-de-teori-zavascki-no-hc-126-292-que-mudou-jurisprudencia-do-stf-sobre-execucao-de-pena>>. Acesso em: 13.03.2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. *Garantias constitucionais e segurança jurídica*. Prefácio de Ricardo Lewandowski. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Adotada em São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Aderida pelo Brasil em 09 de julho de 1992, ratificada em 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. In *Direitos Humanos: Documentos Internacionais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Estado do Equador. Sentença de mérito, de 12 de novembro de 1997. Sessão Presidida por Antônio A. Cançado Trindade. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_por.doc>. Acesso em: 28 de março de 2016.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data. In *Direitos Humanos: Documentos Internacionais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de São José da Costa Rica*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl., da 2. ed. rev. atual. e ampl. do livro Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Adotado pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966. Aderida pelo Brasil em 24 de

janeiro de 1992 e incorporada pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *In Direitos Humanos: Documentos Internacionais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999.