

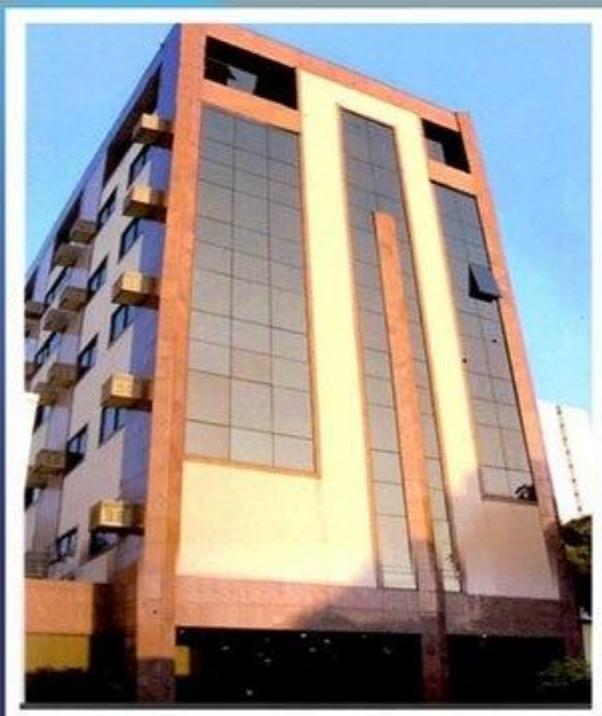


uniflu
CENTRO UNIVERSITÁRIO
FLUMINENSE

Fundação Cultural de Campos
Centro Universitário Fluminense-UNIFLU
(portaria/MEC nº 3.433, de 22.10.2004)

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS

REFDC



Volume 2, Nº 1, 2017
Periódico Semestral

Reitora

Inês Cabral Ururahy de Souza

Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Cristiano Simão Miller

Pró-Reitor de Administração

Luiz Rodrigo Côrtes Lopes

Procuradora Institucional

Marcele Xavier Tôrres

Conselho Administrativo

Marcele Xavier Torres – Coordenadora Acadêmica

Inês Cabral Ururahy de Souza – Coordenadora de Curso

Revista da Faculdade de Direito de Campos

Marcelo Lessa Bastos – Editor Chefe

Conselho Editorial

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

Cristiano Simão Miller

Inês Cabral Ururahy de Souza

Marcelo Lessa Bastos

Editoração e Revisão

Christiano Abelardo Fagundes Freitas

Maria Amélia Belisário da Silva

Diagramação e Capa

Márcio Gomes Rocha

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito

de Campos 2017, Volume 2, nº 1

Campos dos Goytacazes; Ed. FDC, ano de 2017.

1. Direito – Periódicos. I. Faculdade de Direito de Campos.

ISSN-1980-7570

Pede-se permuta – Pidesse canje – We ask for Exchange – On demande l'è
change

Centro Universitário Fluminense – UNIFLU/Campus I

Rua Tenente Coronel Cardoso, 349 - Centro

Campos dos Goytacazes/RJ – Brasil – CEP 28010-801

Tel.: (22)2101-3355

www.uniflu.edu.br

SUMÁRIO

1. Afrânio Silva Jardim
Nova Interpretação Sistemática Sobre o Acordo de Cooperação Premiada9
2. Alexander Araújo de Souza
A supressão do recurso criminal do Ministério Público em caso de absolvição do acusado: *quando Ferrajoli si è sbagliato* 19
3. Antônio José Barbosa Neto
Audiência de Custódia: Breves Reflexões Acerca do Instituto e a sua Conformação com o Ordenamento Jurídico Pátrio57

4. Auner Pereira Carneiro e Simone Sá Portela Os Impostos Como Receitas Necessárias à Garantia do Mínimo Existencial.....	115
5. Carlos Alexandre Azevedo Campos Interpretação do Sistema Constitucional Tributário	139
6. Christiano Fagundes e Lea Cristina Barboza da Silva O Menor Sucessor e a Prescrição Trabalhista	201
7. Evandro Monteiro de Barros Júnior Uma Breve História da Eufenia Mundial - A Manipulação Genética de Platão a Michael Sandel	215
8. Francisco Pereira Pinto Filho O Precedente Brasileiro. Alguns Apontamentos e Reflexões sobre sua Função, Nascimento e Diferenciação Face o <i>Common Law</i> (Brasil: 1988-2015)	239
9. Jeferson Nogueira Fernandes Responsabilidade Civil Ambiental e Formas de Reparação	283
10. Luiz Francisco Gaudard Júnior Condução Coercitiva.....	313
11. Marcos Vinícius Filgueiras Júnior A compatibilidade da abertura de créditos suplementares com a meta fiscal e o juízo de prognose.....	321
12. Sandro José de Oliveira Costa Considerações iniciais a respeito da Lei 13.327, de 29 de julho de 2016.....	333

13. Tiago de Lima Santos Reid	
Ação, Tipicidade e Ilicitude em Direito Penal	353

APRESENTAÇÃO

Tenho a honra de submeter à apreciação da comunidade acadêmica o segundo volume da nossa Revista Eletrônica de Direito que é um espaço permanentemente aberto à reflexão crítica e ao pluralismo de ideias, na certeza de que assim, e somente assim, se pode contribuir para o aperfeiçoamento do Direito enquanto ciência humana.

Nosso propósito inarredável é coletar divergências e abrir espaço a todos os que visam, com suas ideias, a contribuir para a construção de um Direito plural.

Nesta edição, tivemos a oportunidade de publicar textos adap-

tados de monografias de dois alunos recém-formados de nossa graduação, os quais se juntam a textos de renomados autores, que nos dão o privilégio de compartilhar seus estudos e certamente servem de inspiração para todos nós.

Com isto, nossa Revista, ao mesmo tempo em que abre oportunidades para novos pensadores do Direito, dá eco a vozes que formam opinião, construindo dia a dia a doutrina pátria.

É com orgulho, portanto, que o Centro Universitário Fluminense oferece aos leitores mais uma edição da Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, Casa de muitas ideias e de um só ideal: o ensino crítico e de qualidade.

Campos, 20 de março de 2017.

Marcelo Lessa Bastos

NOVA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ACORDO DE COOPERAÇÃO PREMIADA

Afrânio Silva Jardim¹

Ao elaborar o prefácio do excelente livro de autoria dos professores e amigos Vinicius Marçal e Cleber Masson, publicado este ano pela Editora Método/Gen, intitulado “Crime Organizado”, demonstrei minha preocupação com uma perspectiva mais “privatista” do processo penal, resultante da adoção importada de um sistema acusatório puro ou adversarial. Nele, a vontade das partes é supervalorizada, em detrimento até da própria aplicação da lei penal (pública e, por isso mesmo, cogente). Até mesmo a busca de uma decisão justa pode ficar afastada pela vontade das partes no processo... Dei-

¹Professor associado de Direito Processual Penal da UERJ, mestre e livre-docente em Direito Processual, Procurador de Justiça no ERJ (aposentado).

xei escrito naquela oportunidade:

“Também não tenho grandes restrições ao novo “instituto”, que julgo ter a natureza de negócio jurídico processual. Sendo tal delação facultativa, é mais um instrumento de que se pode valer a defesa de um indiciado ou acusado. Aliás, jamais se poderia impedir que eles pudessem confessar crimes e que pudessem delatar outros que também participaram desta prática criminosa. A grande novidade é que tudo acaba sendo premiado por autorização expressa da lei. Agora, o valor probatório do que foi dito pelo réu colaborador será submetido ao livre convencimento motivado do juiz, como todo os interrogatórios dos réus e depoimentos das testemunhas.

Minha restrição à cooperação premiada (delação premiada) diz respeito ao afastamento de determinadas cominações da lei penal (cogente), por acordo entre as partes no processo penal. Por exemplo: por acordo entre o Ministério Público e o réu, com assistência da defesa técnica, pode ser permitida a não aplicação do lei penal no caso em que caberia; poderia ser autorizada a progressão de um regime de cumprimento de pena sem obedecer ao lapso temporal exigido pela lei etc, etc. etc. Vejo aí mais uma influência perigosa de uma indesejável privatização do sistema penal, que praticamente começa com a lei. n.9099/95 e com a importação de alguns institutos do sistema processual norte-americano, mormente a estrutura adversarial do processo penal, que repudio.

O processo penal não pode ser tratado com um duelo entre duas partes, no qual vence a mais hábil, diligente ou esperta. O interesse público e o sentimento de justiça não aceitam esta visão privatista do fenômeno processual”.

Refletindo sobre esta questão, tendo em vista palestra que devo proferir no XXI Congresso Nacional do Ministério Público, cheguei a novas conclusões sobre a melhor interpretação de algumas regras da lei n.12.850/13, que abaixo apresento, de forma tópica e didática:

- 1) A regra do artigo 4º, parágrafo 4º, da citada lei, que per-

mite ao Ministério Público deixar de oferecer denúncia em face de um indiciado colaborador, que não seja o chefe da organização e que seja o primeiro a fazer o acordo, deve ter a seguinte interpretação sistemática:

1.1. Na hipótese, o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outro procedimento investigatório, apenas em relação ao indiciado colaborador, aplicando-se a regra do art.28 do Cod. Proc. Penal, para que haja um sistema de controle, pois estamos diante de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal. Assim, o colaborador não ficará como indiciado perpetuamente.

1.2. O desarquivamento deste inquérito ou investigação se submete ao sistema do código de processo penal. Assim, se surgir notícia de prova nova de que o indiciado era o chefe da organização criminosa, por exemplo, as investigações poderão ser retomadas. Se a tal prova nova já existir, a ação penal pode ser exercida desde logo.

2) A regra do art.4º da lei n.12.850/13 deve merecer do intérprete a seguinte compreensão, sempre preocupada com a preservação do sistema:

2.1. O acordo de cooperação premiada, que tem a natureza de negócio jurídico processual, não pode especificar qual dos quatro prêmios o juiz terá de aplicar na sua futura sentença condenatória. Vale dizer, privilegiar um prêmio e excluir os outros, vedando que o magistrado possa fazer a individualização da pena, que é um preceito constitucional. Este nosso entendimento, permite que, diante do prêmio aplicado pelo juiz, o Ministério Público e/ou réu possam apelar, levando o tema a um salutar controle pelo duplo grau de jurisdição.

2.2. Diversamente da hipótese da regra do parágrafo 4º do art. 4º acima referida, onde apenas se mitiga o princípio da obrigatoriedade, aqui a lei permite que o Ministério Público e o indiciado possam negociar com o próprio direito material, ou seja, negociar sobre a aplicação da lei penal no caso concreto.

2.3. Como o magistrado não pode deixar de homologar o acordo de cooperação, salvo ilegalidades de aspecto formal e como este magistrado fica vinculado a este ato jurídico perfeito, na prática, a sanção penal fica quase que totalmente ao alvedrio da partes contratantes, o que é uma verdadeira revolução em nosso sistema jurídico.

2.4. Desta maneira, impõe-se interpretar a lei de modo a não impedir que o juiz possa aplicar a pena que mais se aproxime de sua convicção, já que está vinculado pelo acordo das partes, podendo até conceder o perdão judicial. Não podem as partes, via acordo, obrigar o magistrado a uma sentença que ele repudia, a uma entrega da prestação jurisdicional exigida por um órgão do Ministério Público e um membro da organização criminosa.

2.5. Em outras palavras, um membro do Ministério Público não pode ter o poder de obrigar o órgão jurisdicional a conceder um perdão a quem, dentro de uma organização criminosa, praticou crimes gravíssimos... Note-se que, não podendo o juiz deixar de homologar o acordo em razão de avaliação de seu mérito, tal absurda benesse fica sem qualquer controle. Em nenhum país do mundo, encontramos tal aberração. Qualquer que seja a gravidade dos crimes, as “partes contratantes” estão obrigando o juiz a aplicar tal sanção ou a não aplicá-la (perdão judicial).

2.6. Note-se a necessidade de se mitigar o absurdo: diante de um crime de roubo isolado, o autor desta infração penal não terá qualquer benefício. Agora, se ele tiver praticado cinco latrocínios,

através de uma organização criminosa, ele poderá se beneficiar (ao menos em tese) com um perdão judicial, imposto ao juiz pelo acordo dele com o membro do Ministério Público. Será que a lei está instigando a formação de organizações criminosas?...

2.7. Nem se diga que a regra do parágrafo 8º do art.4º poderia, parcialmente, evitar alguns destes problemas. Na verdade, tal dispositivo não autoriza o juiz a participar da negociação sobre os prêmios, pois isto está expressamente vedado pelo parágrafo 6º. Caso contrário, o magistrado estaria antecipando a sua pena, ainda na fase do inquérito ... Por outro lado, como o juiz faria a valoração da pena ou do perdão judicial no início de tudo? Ademais, outros problemas surgiriam desta interpretação errônea, com a possibilidade de o juiz não homologar o acordo em razão de seu mérito, criando controvérsias sobre eventuais recursos e outros incidentes, antes mesmo da instauração da relação processual. Na verdade, o dispositivo legal apenas permite ao magistrado podar regras contratuais inconstitucionais ou ilegais, como recentemente ocorreu quando um Ministro do Supremo Tribunal homologou um acordo de cooperação premiada, excluindo uma cláusula, através da qual o indiciado “renunciava” a interpor futuros e eventuais recursos.

2.8. A decisão de homologação do acordo de cooperação premiada tem a natureza de jurisdição voluntária, vale dizer, trata-se de uma decisão judicial (não jurisdicional) que a lei exige para a concretização e eficácia de um determinado negócio jurídico. Aqui, não temos pretensão (no sentido técnico, Carnelutti) e muito menos lide (não há como resistir ao que não existe, pretensão). Assim, a retratação prevista no parágrafo 10º do sempre referido art.4º só terá eficácia se manifestada antes da homologação. O desfazimento do acordo homologado dependerá sempre de uma decisão judicial desconstitutiva.

Julgo que o acordo de cooperação premiada é um negócio ju-

rídico de Direito Público, dependendo a sua existência jurídica da manifestação estatal (do juiz). Assim, até mesmo para a estabilidade da relação processual penal, não vejo como admitir o distrato por ambas as partes. Evidentemente, pode haver inadimplemento em relação aos deveres assumidos. Por exemplo: o réu opta para, em juízo, ficar em silêncio ou mentir sobre a atuação dos outros membros da organização criminosa. Nestes caso, perderá direito ao “prêmio” avençado e a prova produzida será valorada livremente pelo magistrado, sendo tudo decidido na sentença final, impugnável pelo recurso de apelação.

2.9. Reconheço que a regra do parágrafo 2º do art.4º, a menos técnica e de difícil entendimento, mormente quando se refere ao art. 28 do Cod. Proc. Penal, pode ser interpretada como um óbice ao que estamos sustentando, pois parece admitir o acordo de cooperação premiada sem a previsão do perdão judicial. Tendo em vista que a nossa proposta busca “recuperar” o princípio constitucional da individualização da pena e preservar um sistema jurídico que não impeça a garantia, também constitucional, de o juiz decidir segundo o seu convencimento, julgo caber aqui técnica da interpretação conforme a constituição. Assim, podemos entender que tal defeituosa regra estaria permitindo ao magistrado, desde que haja postulação neste sentido, a concessão de perdão judicial ao réu (na sentença final), mesmo que não exista o acordo de cooperação, mas a cooperação tenha se efetivado por “delação unilateral” do réu, conforme ocorre nas diversas leis anteriores à lei n.12.850/2013. Tais leis regulam prêmios ao “delator”, sem prévio acordo com o Ministério Público ou com a autoridade policial.

2.10. Melhor explicando: Faço distinção entre “cooperação premiada unilateral”, prevista nas várias leis anteriores à lei n.12.850/13, do “acordo de cooperação premiada”. Este seria um negócio jurídico processual público e aquela funcionaria como uma causa especial

de diminuição de pena. Acho que, na cooperação unilateral, o colaborador pode até ser inocente e não confessar. Por exemplo: alguém é preso em flagrante e se diz agente infiltrado. Ele pode ter conhecimento de toda organização criminosa e a delata ao delegado ou ao membro do Ministério Público. Se for condenado, o juiz pode reduzir a sua pena. Não havendo o acordo, o juiz NÃO está “vinculado” e decide livremente.

Note-se que a cooperação unilateral pode ocorrer até mesmo em face de uma extorsão mediante sequestro (Cod.Penal), sem que exista uma organização criminosa, mas apenas uma associação criminosa. Aqui também não há o acordo de cooperação.

Não se pode impedir que o indiciado ou réu confesse um crime e forneça elementos de prova da participação de seus partícipes. Neste caso, sem o acordo de cooperação, caberia ou não ao juiz reduzir a pena privativa de liberdade, na proporção permitida expressamente na lei. Isto pode acontecer também quando um membro de uma organização criminosa, por qualquer motivo, resolva confessar e colaborar com a investigação, quando da lavratura do seu próprio flagrante (unilateral, por conseguinte). Evidentemente, que aí o colaborador não terá a certeza de que o juiz lhe concederá um daqueles “prêmios”, o que tornará rara a hipótese. Por outro lado, neste caso, o Ministério Público pode deixar de denunciá-lo (arquivamento do inquérito) ou requerer o perdão a qualquer momento, (como custos legis, que pode até opinar pela absolvição), que será concedido ou não na sentença final.

2.11. O “prêmio” de substituição da pena privativa de liberdade, previsto no artigo 4º da lei n. 12.850/13, só poderá ser concedido pelo juiz se a quantidade da pena privativa de liberdade permitir tal conversão, não podendo as “partes contratantes” derrogar dispositivos do Cod.Penal e da Lei de Execução Penal. A vantagem do colaborador é saber que, se a quantidade da pena privativa de liberdade permitir, o juiz não poderá deixar de substituí-la por critérios

outros. Quando a lei autoriza a derrogação das regras do Direito Penal ou Execução Penal o faz expressamente, como o disposto no parágrafo 5º do art. 4º, que trata do acordo de cooperação premiada após a sentença condenatória.

3. Como faço a distinção entre a colaboração premiada (causa especial de diminuição de pena) do acordo de cooperação previsto apenas na lei n.12.850/13 (negócio jurídico processual público), que vincula o Poder Judiciário que o homologou, entendo que não estão revogadas tacitamente as diversas leis que cuidam de outorgar ao réu ou indiciado o benefício de atenuação da pena em razão de sua colaboração com as investigações.

4. Importante salientar que a regra do parágrafo 2º do art.4º desta lei específica prevê REQUERIMENTO, que pode não ser deferido pelo juiz, demonstrando que a outorga do “prêmio” não presuppõe a existência do acordo de colaboração, o que reforça o que dissemos no início deste trabalho.

5. Em nosso sistema constitucional, apenas o Ministério Público é o titular do direito de ação penal pública, motivo pelo qual o Delegado de Polícia não pode, isoladamente, fazer o acordo de cooperação premiada com o indiciado, dispondo do exercício da ação ou do próprio direito penal material.

6. Após a sentença penal recorrível, o acordo de cooperação premiada deve ser homologado pelo desembargador relator competente para julgar o recurso de apelação, sendo que os fatos delatados serão apurados em inquérito ou autos de investigação separados dos autos onde ocorreu a delação, como deve ocorrer se o acordo de colaboração for celebrado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, consoante permitido expressamente pela lei n.12.850/13.

7. A violação do compromisso de dizer a verdade não sujeita o indiciado ou réu ao crime de falso testemunho, porque testemunha não é, mas o sujeita às consequências do inadimplemento do acordo, perdendo o direito ao “prêmio” e mantendo eficaz toda a prova colhida anteriormente em razão de sua colaboração.

Concluo, reiterando a premissa que fundamenta toda esta nova interpretação deste polêmico “instituto processual”. Não julgamos socialmente útil, mormente tendo em vista a realidade deste nosso país, continental em dimensões geográficas e em desigualdades sociais, que as regras do Direito Penal e da Lei de Execução Penal possam ser objeto de negociação entre um membro do Ministério Público e um integrante de uma organização criminosa. Ao menos temos que reduzir tal possibilidade. Numa sociedade democrática, poder demasiado a uma instituição pública, ao invés de fortalecê-la, leva, inversamente, a uma fragilidade perigosa.

Por outro lado, o Poder Judiciário não pode ficar “refém” destes acordos, que podem ser absurdos ou resultantes de atos de má-fé. O que propomos, vale a pena repetir, é que a negociação esteja restrita aos prêmios elencados na lei e que ela não possa tolher o juiz de escolher o mais adequado ao caso concreto, até porque a individualização da pena é um princípio constitucional.

Rio, primavera de 2015

A SUPRESSÃO DO RECURSO CRIMINAL DO MINISTERIO PÚBLICO EM CASO DE AB- SOLVIÇÃO DO ACUSADO: *QUANDO FER- RAJOLI SI È SBAGLIATO*

Alexander Araújo de Souza¹

Sumário: – 1. Introdução. – 2. A impossibilidade de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do acusado nos países de tradição anglo-saxônica. – 3. Recentes hipóteses de supressão do recurso do Ministério Público em países de tradição romano-germânica. – 4. A supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado na doutrina de Luigi Ferrajoli: garantismo e (dis)paridade de armas? – 5. A impossibilidade de supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado no ordenamento brasileiro: o Parquet como parte imparcial no processo penal.

1. Introdução. Na tradição jurídica romano-germânica os recursos sempre se consubstanciaram em expedientes criados para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. Assim, desde tempos remotos, criaram-se recursos com o intento de se buscar, na medida do possível, a conformidade da solução judicial ao direito. Na seara criminal nunca foi diferente, sendo os recursos considerados remédios impugnativos colocados à disposição de ambas as partes da relação processual penal (e, por vezes, do ofen-

¹ Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Especialista em *Diritto europeo pela Università degli Studi Roma Tre*; Doutor em Direito Penal e Filosofia do Direito pela *Università degli Studi Roma Tre*.

dido) com vistas à correção das sentenças. Este sempre foi o entendimento predominante, tanto na doutrina pátria² quanto em grande parte da doutrina dos países de tradição romano-germânica³.

Desta maneira, o título do presente trabalho pode parecer um delírio do autor, ou mesmo uma hipótese acadêmica desvestida de importância prática e completamente distante de nossa realidade. Modernamente, contudo, mesmo nos sistemas processuais de tradição romano-germânica começam a aparecer teorias contestando a possibilidade de o órgão do Ministério Público interpor recurso em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição. Até mesmo o grande teórico do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, sustenta a supressão do recurso do Ministério Público no caso de improcedência do pedido de condenação. Esta concepção impeditiva do recurso do *Parquet* nos casos de absolvição do acusado, porém, é a regra nos ordenamentos de tradição jurídica anglo-saxônica, onde a sistemática processual – inclusive quanto aos recursos –,

²Veja-se, neste sentido, dentre muitos, F. DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo penal*, Volume 4, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 294; E. ESPÍNOLA FILHO, *Código de processo penal brasileiro anotado*, Volume VI, Campinas, Bookseller, 2000, p. 32; J. FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, Volume IV, reed., Campinas, Bookseller, 1998, p. 181; A. PELLEGRINI GRINOVER, A. MAGALHÃES GOMES FILHO, A. SCARANCA FERNANDES, *Recursos no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 31; R. PIRES DE CAMPOS BARROS, *Sistema do processo penal brasileiro*, Volume II, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 357; H. TORNAGHI, *Curso de processo penal*, Volume 2, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987, p. 321.

³Igualmente, na doutrina italiana, dentre tantos, vide F. CORDERO, *procedura penale*, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 1072-1073; A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1991, p. 455; P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 406-408. Igualmente, na doutrina alemã, H. ARTKÄMPER, G. HERRMANN, C. JAKOBS, H. KRUSE, *Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft*, Münster, ZAP, 2008, pp. 348-352. No mesmo sentido, na doutrina francesa, vide F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 6e éd., Paris, Paradigme, 2005, p. 291. Na doutrina espanhola, considerando o recurso como “derecho de todas las partes”, veja-se J. MONTERO AROCA, *Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal*, in *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 4, Madrid, Ministerio de Justicia, 1997, p. 74. Em Portugal, no mesmo sentido, veja-se, por todos, G. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, III, Lisboa, Verbo, 1994, pp. 302-303; Na doutrina argentina, veja-se igualmente J. A. CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2001, p. 283.

bem como a função e a legitimidade do Ministério Público, são bastante distintas de seus correspondentes nos ordenamentos de tradição romano-germânica. Em alguns países desta tradição jurídica, contudo, a temática alcançou também o plano legislativo, e países como a Itália e a França levaram a efeito reformas processuais que limitaram ou suprimiram o direito de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do imputado.

Diante de tais posicionamentos doutrinários e iniciativas legislativas, o presente estudo pretende analisar os fundamentos da referida tese, inclusive à luz da teoria do garantismo penal, bem como o papel do Ministério Público nos ordenamentos de tradição romano-germânica, com especial ênfase no ordenamento brasileiro.

2. A impossibilidade de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do acusado nos países de tradição anglo-saxônica. Não é novidade a afirmativa de que a evolução do processo penal nos países de tradição anglo-saxônica se deu de maneira bastante diversa daquela ocorrida nos países de tradição romano-germânica, especialmente nos da Europa continental⁴. Nestes últimos, o processo penal da idade imperial romana – onde a *accusatio* se transformou em uma espécie de ação de iniciativa privada ajuizada pelo lesado, desnaturando o princípio que vigia durante o período republicano romano, segundo o qual a ação podia ser ajuizada *quis ex populo*⁵ – foi sucedido pelo processo de tipo inquisitório e, somente após um longo progresso, passando pela reação iluminista

⁴Sobre a evolução do processo penal inglês, *vide*: A. ASHWORTH, M. REDMAYNE, *The criminal process*, third edition, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 01-16 ; J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, Paris, PUF, 1998; E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, Giappichelli, 2009. Sobre o tema, na doutrina brasileira, veja-se J. C. BARBOSA MOREIRA, *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*, in *Temas de direito processual*, Sétima série, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 155 s.; *O processo penal norte-americano e sua influência*, in *Temas de direito processual*, Oitava série, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 223 s.

⁵Neste sentido, F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, Edizioni AV, 1996, p. 107; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 150-151.

e pelo advento do *Code d'instruction criminelle* de 1808 – o qual, por um lado, instituiu o sistema misto, mas, por outro, confiou o direito de ação penal ao *Procureur*⁶ –, a acusatoriedade pública começou a despertar e, com várias vicissitudes, a se desenvolver. Também nestes ordenamentos, a instituição do Ministério Público, que surgiu na França no início do século XIV, expandiu-se já a partir do século XV por vários Estados absolutos (com nos Estados germânicos, com as figuras do *Pfleger*, do *Amtmann*, do *Vogt*, do *Malefizprokurator*⁷ e do *Fiskalat*⁸, nos Países Baixos, com a figura do *Baiulo*⁹, na península italiana, com os *Conservatori delle leggi* de Florença e os *Avogadori del Comune* da República de Veneza¹⁰, com os *Procurado-*

⁶O art. 241 do *Code d'instruction criminelle* de 1808 dispunha: “Dans tous le cas où l prévenu sera renvoyé à la cour d'assises ou à la cour spéciale, le procureur général sera tenu de rédiger un acte d'accusation. L'acte d'accusation exposera, 1° la nature du délit qui forme la base de l'accusation; 2° le fait et toutes le circonstances qui peuvent aggraver ou diminuer la peine: le prévenu y sera dénommé et clairement désigné. L'acte d'accusation sera terminé par le résumé suivant: *En conséquence, N... est accusé d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec telle et telle circonstance.*”.

⁷Com relação ao reinos germânicos, afirma G. BARTOLOTTA: “La tendenza all'istituzione d'un Ministero Pubblico si riscontra anche in Germania attorno al XV secolo. Il duca Luigi di Baviera ordinava nell'anno 1474 che, se alcun privato avesse voluto spontaneamente assumere l'accusa d'un delinquente, questa fosse affidata a un funzionario speciale (*Pfleger*). Nel 1513 il duca Guglielmo di Baviera fissò il suo procuratore (*Amtmann*) a Perlach, come pure, già nel 1456, i conti del Württemberg aveano incaricato degli affari penali il loro intendente (*Vogt*) di Goppinga. Ad Anspach e Bayreuth, nel 1566, un ufficiale del principe ebbe i caratteri e le funzioni del Pubblico Ministero; a Monaco era pubblico accusatore, nel 1577, il podestà, e nel Palatinato, nel 1610, era stato istituito un *Malefizprokurator*.” (*Ministero Pubblico - materia penale*, in *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911, p. 535).

⁸Sobre a figura do *Fiskalat*, veja-se G. KELLER, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Wien, Wilhelm Braumüller, 1866, p. 9-11.

⁹Segundo G. BARTOLOTTA, os “bauli” eram procuradores “incaricati della rappresentanza del sovrano, della sorveglianza sugli interessi, sull'osservanza delle leggi e sulla regolarità delle procedure, provvedendo essi stessi a sottoporre a giudizio chi fosse risultato reo di qualche trasgressione.” (*Ministero Pubblico - materia penale*, cit., p. 535).

¹⁰A respeito das funções dos *Avogadori del Commune*, uma ordenação do *Maggior Consiglio*, do ano de 1530, estabelecia: “L'anderà parte che, salva e riservata in reliquis l'autorità delli avogadori di Commun et salve e riservate però sempre le lezze, e ordini nostri disponenti circa li casi e di non poter esser suspesi ò intromessi, de caetero li Avogadori nostri non debbino, né possino per alcun modo e via, né sotto alcun color impedirce in voler veder, né altramente alterar ove suspender la formation d'alcun processo, così dentro come

res Fiscales na Espanha e com os *Procuradores do Rei* em Portugal), consolidando-se como arquétipo de acusação pública no processo penal, sobretudo após o advento do já mencionado *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Já nos países de tradição do *common Law*, atualmente, parece haver consenso quanto à natureza pública da acusação¹¹. Nem sempre, contudo, foi assim. Na Inglaterra, desde a baixa Idade Média, a acusação privada sempre foi considerada como um atributo da cidadania. Somente com a criação do *Crown Prosecution Service*, em 1985, reconheceu-se a este órgão a atribuição para preparar e conduzir a acusação¹². Até então, não existia uma figura similar àquela do Ministério Público tal qual concebida, há séculos, na Europa continental¹³. Abandonou-se, assim, a longa a tradição¹⁴ de que

fuori, che per li Rettori, et Giudicenti, nostri vengono formati, fin che non saranno chiamati li rei a diffesa: Mà proclamati che saranno essi rei, possino li avogadori, quando saranno ricercati per giustizia, mandar a tuor detti processi, per veder se in quelli saranno state osservate le leggi e statuti sopra ciò disponesti. Et si li rei saranno carcerati, possino essi avogadori, mandar a tuor essi processi, se ben non saranno forniti (se li parerà) per veder quelli. Ne essi Rettori o Giudicenti debbino, ò sieno tenuti, contro li Ordeni predetti obbedir a detti Avogadori?" (A. SABINI, *Leggi criminali del serenissimo dominio veneto in un solo volume*, Venezia, Antonio Pinelli, 1751, p. 29).

¹¹Como afirma L. FERRAJOLI, os ordenamentos anglo-saxões terminaram "per affidare l'esercizio dell'azione penale ad organi sostanzialmente pubblici (il *Director of Public Prosecutions* e l'*Attorney General*), sia pure in concorrenza con forme più o meno residuali di azione popolare. Ma in nessun caso fu mai rimesso in discussione il principio della pubblicità dell'azione." (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 580).

¹²Sobre o tema, veja-se S. BUSS, *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein Vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2010. Na doutrina brasileira, veja-se A. M. BRITO DE ASSIS, *Notas sobre o Crown prosecution service: o Ministério Público da Inglaterra e do País de Gales*, in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 52, abr./jun. 2014, pp. 03 s.

¹³Explícito, neste sentido, S. BUSS: "Eine Verfolgungsbehörde vergleichbar der deutschen Staatsanwaltschaft existierte in England bis 1986 nicht." (*Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service*, cit., p. 21).

¹⁴Eis a perspicaz observação de G. BORTOLOTTI, formulada quase oito décadas antes da criação do Crown prosecution service: "Il la Francesca osservava che l'esperienza quotidiana viene in Inghilterra dimostrando come le cose pubbliche non debbano essere governate mediante l'autorità privata, la quale raro è che non si muova per odio, amore o

a ação penal consistia em uma função própria do cidadão, e não do Estado¹⁵. Esta tradição, contudo, já se encontrava em contraste com uma prática, estabelecida desde a metade do século XIX, de se atribuir, de fato, o exercício da ação penal a expoentes das forças policiais¹⁶. O mesmo se verificou, ainda anteriormente, na Irlanda, quando em 1974 foi instituída a figura do *Director of Public Prosecution*¹⁷. Ainda no âmbito das ilhas britânicas, todavia, a Escócia

altre malvagie passioni. Molti delitti rimangono impuniti sol che si abbia oro e favori; e il brutto esempio dell'impunità accresce temerità e scandalo. Per tor via quei mali s'è ricorso al rimedio di ordinar appositi sodalizî di cittadini, o, com'oggi direbboni, associazioni, per aprir le vie dell'accusa. Ma pare che il rimedio abbia poco giovato, perché la corona, col discorso al Parlamento nazionale, convocato il 5 gennaio 1875, promise un progetto per introdurre il Pubblico Ministero, il che lascia vedere la nuova e mutata opinione, massime se si vuol considerare il potere e l'efficacia ch'ivi essa esercitata sull'Autorità governativa." (*Ministero Pubblico (materia penale)*, in *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911, p. 558).

¹⁵Neste sentido, R. C. VAN CAENEGEM ressalta a transição pela qual passou o sistema inglês de perseguição: "Leaving the impleading of criminals to the uncertain and very risky initiative of private avengers was quite inadequate for the defence of public order and led, with the emergence of modern ideas about the state, to the replacement of the accusatorial by the inquisitorial procedure. Then, the prosecution of crime was entrusted to an official organ, proceeding *ex officio*, and purgatory oaths and ordeals were replaced by modern means of inquiry. This transition is a common European phenomenon and, without belittling the attempts of the Carolingian monarchy, it may safely be considered a product of the emergence, from the twelfth century onwards, of the centralised state. The English development is no exception to this general picture: we find a transition, beginning roughly in the twelfth century, from the archaic procedure of appeal, undertaken by a private plaintiff at his own risk and entailing archaic modes of proof, to a modernised procedure based on indictment under the aegis of the state and using rational models of inquiry. Nevertheless, the traditional English procedure contains some striking features of its own and none more so than the essential role played by the jury of presentment (later the grand jury) and the almost total absence, until very recent times, of the prosecution of crime by an individual official of the state, such as the continental *procureur* or advocate-fiscal. For eight centuries at least, from the Assize of Clarendon till the creation of the office of Director of Public Prosecutions in 1879 and the abolition of the grand jury in 1933, suspected criminals had to stand trial, not on the basis of a *réquisitoire* pronounced by an official of the state, but of an indictment pronounced by a jury of their fellow citizens?" (R. C. VAN CAENEGEM, *Public prosecutions of crime in twelfth-century England, in Legal history. A European perspective*, New York-Rio Grande, The Hambledon, 1991, p. 01-02).

¹⁶Neste sentido, E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, cit., p. 122.

¹⁷Relativamente ao exercício penal irlandês, D. BALESTRIERI, C. GIRALDI explicam como se dá atualmente o exercício da ação penal: "L'avvio dell'azione penale è affidato, per i reati

constitui uma exceção digna de nota, pois neste país a ação penal foi tradicionalmente conferida ao *Lord avocate*¹⁸, sendo o *Parquet* francês adotado como modelo desde a segunda metade do século XVI¹⁹. Contudo, atualmente, o sistema processual inglês é, com algumas peculiaridades, muito próximo ao sistema escocês²⁰. Já nos

meno gravi (*summary offences*), ad autorità reposte alla tutela del pubblico interesse offeso dal reato: per esempio, gli appartenenti alla polizia (*Garda Siochana*) per i reati previsti dal *Road Traffic Act* 1961 e 1978, il Ministero del Lavoro o quello dell’Ambiente in materia, rispettivamente, previdenziale o di tutela ambientale. Per i reati più gravi (*indictable offences*), l’inizio del procedimento penale è invece nelle mani del Director of *Public Prosecution* (*D.P.P.*), il cui Ufficio è stato istituito con il *Prosecution of Offences Act* 1974, e che è organo indipendente con piena discrezionalità nel valutare l’opportunità, in nome del pubblico interesse, di avviare il procedimento penale. Il *D.P.P.* ha altresì la competenza generale ad esercitare l’azione penale per le *summary offences*.” (*Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi*, Padova, Cedam, 2000, p. 09).

¹⁸Quanto às diversidades entre os sistemas inglês e escocês, relativamente ao exercício da ação penal, sublinham A. CADOPPI, A. MCCALL SMITH: “Mentre in Inghilterra tradizionalmente l’accusa era affidata ai privati o alla polizia, in Scozia per lunga tradizione è (eminentemente) pubblica ed è questa una caratteristica che avvicina per certi versi il modello processuale scozzese a quello continentale. L’azione penale spetta al *Lord Advocate*, figura appartenente al potere esecutivo, ed è totalmente discrezionale: caratteristiche che riportano la procedura penale scozzese, immediatamente, nel classico schema degli ordinamenti di *common law*. Anzi, nel sistema penale scozzese la pubblica accusa ha poteri smisurati: oltre a decidere discrezionalmente sull’azione penale, sceglie quale reato contestare, magari a seguito di patteggiamento con l’imputato (può, ad esempio, contestare a piacere il *culpable homicide* invece del *murder*, anche se il fatto commesso dall’imputato rientra solo nello schema del secondo, e non del primo reato); decide se affidare il caso alla *district* o alla *sheriff court*, decide se dar corso a procedura solenne o sommaria (anche se, quanto ai reati di legge scritta, taluni di essi sono perseguibili solo in via solenne, e certi altri solo in via sommaria; solo una terza classe è perseguibile nell’uno o nell’altro modo); può in ogni momento rinunciare all’accusa; e, curiosamente, una volta che è stato pronunciato il verdetto di condanna, può anche astenersi dal rimettere il caso al giudice per l’applicazione della pena, nel qual caso il condannato andrà, ovviamente, esenti da ogni sanzione penale.” (*Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, Cedam, 1995, p. 35).

¹⁹Neste sentido, a afirmação de J. GODARD: “En ce qui concerne le Ministère public en Écosse, il a été importé de France vers 1560. Depuis, le système de poursuite en matière pénale a toujours été assuré par l’État, contrairement à celui de l’Angleterre.” (*L’influence du droit français sur le développement de la pensée juridique et du droit écossais*, in *Revue historique de droit français et étranger*, n. 1, Paris, Dalloz, 2004, p. 74). No mesmo sentido, W. REID, *The origins of the office of Procurator Fiscal in Scotland*, in *Juridical review*, n. 10, London, 1965, p. 154-160.

²⁰Neste sentido são as observações de R. C. VAN CAENEGEM: “Until quite recently there was a real chasm between the English and the continental (and Scottish) way of doing

Estados Unidos da América, não obstante o sistema de *common law* introduzido pelo colonizador, a concepção segundo a qual a acusação deve ser pública sempre foi predominante²¹.

Mas as diferenças relativas às citadas tradições jurídicas também se relacionam à instituição do Ministério Público, seja quanto à sua evolução, seja quanto à sua legitimidade. Em um contexto de um Ministério Público sem longa tradição no exercício da ação penal, como ocorre na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda, ou ainda com legitimação derivante do consenso popular, como ocorre nos Estados Unidos da América²² (onde os *prosecutors* são eleitos a

things. I say ‘until quite recently’ because here, as on so many points, the English legal system seems to be on the move: a Prosecution of Offences Act which should bring English practice closer to Scottish and continental models received Royal Assent on 23 May 1985, with the aim of establishing a Crown Prosecution Service in England and Wales. From the twelfth till the twentieth century the jury of indictment operated continuously in England, but in 1933 it was abolished. Its place was not taken by some continental-style crown-procurator, however, but instead a different and rather remarkable novelty was introduced, the Director of Public Prosecutions. He was indeed an official of the state, who had to decide, on the basis of material provided by the police, whether to prosecute or not – a role comparable to that of the *procureur* – but unlike the latter, he did not appear in court, did not plead there against the accused or request the latter’s condemnation. This task was left to a barrister, an advocate who for a fee would undertake to plead for the crown against the accused just as on another day he might accept the defence of a suspect. Barristers were members of the bar and not state officials (although some might come to specialise in prosecution work). So much for the absence of a *Ministère Public* in England.” (*Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history*, New York, Cambridge University, 1987, p. 34-35).

²¹Neste sentido, as observações de A. GASPARINI: “Il sistema tradizionale di *common law*, contrassegnato dalla natura privata dell’accusa, trasmigra nelle colonie americane, dove ben presto, tuttavia, si viene delineando la figura del *public prosecutor*. [...] È con l’indipendenza che si consolida quel sistema di pubblica accusa definito come ‘un’invenzione del tutto originale e peculiare del modello processualpenalistico d’oltreoceano’ che si conserverà pressoché inalterato fino ai giorni nostri.” (*Il prosecutor e le scansioni dell’azione penale*, in R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2001, p. 29-30).

²²Quanto ao tema da eletividade, afirma com precisão E. AMODIO: “Ancora più illuminanti, per capire una realtà marcatamente diversa dalla nostra tradizione come quella del patteggiamento tra accusa e imputato (*bargaining*), sono i meccanismi di reclutamento e gli itinerari della carriera del *public prosecutor*. La sua elettività, prevalente come sistema di accesso alla carica negli ordinamenti degli stati federati, rende quasi inevitabile il ricorso al patteggiamento per raggiungere quei livelli di *conviction rate* (percentuale delle condanne

nível estadual e buscam sempre o consenso de seus eleitores), avulta a parcialidade da atuação do Ministério Público, em detrimento de uma postulação isenta e que busca a correta aplicação da lei, diferentemente, portanto, do que ocorre na Europa continental.

Em linhas gerais, no processo penal dos ordenamentos de tradição anglo-saxônica, na quase totalidade dos casos o feito termina abreviadamente, em razão de negociações pré-processuais entre acusação e defesa (como nos Estados Unidos da América), ou mesmo pelo fato de esta última não poder escolher que o feito seja julgado pelo *jury* (como se verifica, por exemplo, na Escócia). Em razão disso, o percentual de causas que chega ao julgamento pelo *jury* é muito pequeno, chegando a percentagens inferiores a 5%²³. Sendo, portanto, poucos os feitos que, de fato, são julgados pelo *jury*, tais sistemas processuais primam por conferir soberania aos veredictos dos jurados, de maneira a impedir que estas decisões venham a ser questionadas por intermédio de impugnações recursais levadas a efeito pela acusação em caso de absolvição. Some-se a isto o fato de os jurados não motivarem o veredicto, o que tornara ainda mais difícil a impugnação, em razão de não se ter conhecimento das

ottenute) che gi assicurano *chances* di rielezione o di ingresso in circuiti giudiziari di maggior prestigio.” (*Miti e realtà della giustizia nordamericana, in Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 193).

²³Neste sentido, a observação de H. CROALL, G. MOONEY, M. MUNRO: “Although a fully contested trial before a jury is the iconic image in the popular imagination of criminal justice, it is, in fact, statistically speaking a remarkably rare event. In common with other English-speaking countries, such fully contested jury trials in which prosecution and defence battle it out until the bitter end constitute less than 1 per cent of all cases prosecuted in court. Why is this? In Scotland there is no right for the defendant to choose to be tried by a jury and all such decisions are taken by prosecutors, often as a matter of discretion. Only around 3 per cent of cases prosecuted are decided (‘marked’) by prosecutors as jury-triable. As in other English-speaking countries, around 97 per cent of cases prosecute through the court are marked for ‘summary’ (non-jury triable) procedure and less than one tenth of these cases culminate in a fully contested trial.” (*Criminal justice in Scotland*, Oxon, Willan Publishing, 2010, p. 199). Relativamente à Inglaterra, afirma J. R. SPENCER: “Dans le *trial on indictment* le jury n’est utilisé que dans le cas où l’accusé plaide non culpable, et au *summary trial* il ne l’est jamais. Il en résulte qu’actuellement le jury decide seulement das environ 2% des affaires” (*La procédure pénale anglaise*, cit., p. 17).

razões que levaram os jurados a decidir pela absolvição. O mesmo não se verifica, contudo, em relação ao acusado condenado, pois a este se assegura sempre o direito de recorrer e de ser submetido a novo julgamento, onde o processo “recomeça” em segundo grau de jurisdição.

Na Inglaterra, por exemplo, o recurso (*appeal*) contra a condenação é um direito do acusado, consistindo cada grau de jurisdição em um “novo” processo, inclusive com reinquirição de testemunhas, desenvolvendo-se com a presunção de que a acusação tem o dever de provar novamente a culpabilidade do acusado²⁴. Contudo, em nome da soberania dos veredictos e em razão da regra do *double jeopardy* (princípio segundo o qual ninguém deve ser processado duas vezes pelo mesmo fato), limita-se terminantemente a possibilidade de recurso do *Crown prosecution service* em caso de absolvição, o que, porém, sempre despertou críticas da doutrina especializada²⁵. Tentou-se atenuar tal situação (que não foi eliminada por completo), após a reforma de 1996 e, mais recentemente, com o *Criminal Justice Act* de 2003, admitindo-se o recurso do *Crown prosecution service* para os casos específicos (e raros) de surgimento de novas evidências de culpa após o *trial*²⁶.

²⁴Assim, J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, cit., p. 103.

²⁵Criticando expressamente a ausência de recurso por parte da acusação, afirma: J. R. SPENCER: “Dès l’origine cette organisation présente un ensemble d’inconvénients, qui en grande partie existent toujours. L’absence de tout recours de la part de l’accusation constituait un problème.” (*La procédure pénale anglaise*, cit., p. 104).

²⁶Observam, neste sentido, A. ASHWORTH, M. REDMAYNE: “From the Crown Court as a court of first instance, a defendant is able to appeal against a finding of guilt on grounds of either fact or law. Appeal is to the Court of Appeal, from where either party may appeal to the House of Lords. The prosecution has fewer appeal rights. Since 1987, it has been able to appeal certain pre-trial rulings to the Court of Appeal; this jurisdiction was originally confined to serious fraud cases, but was enlarged in 1996 to include all lengthy or complex cases. [...] Until recently, the situation was that the prosecution was not able to appeal against an acquittal in the Crown Court. One (so far unused) exception to this rule was introduced in 1996, when the prosecution was given the power to challenge an acquittal that was tainted by, for example, threats of violence to jurors or witnesses. The Criminal Justice Act 2003 takes things further, allowing appeals against acquittals in serious cases where significant new evidence of guilt emerges after the trial. With both these exceptions

Sistemática semelhante se verifica nos Estados Unidos da América, onde uma das características do sistema processual se consubstancia igualmente na assimetria entre acusação e defesa relativamente ao manejo dos recursos. O imputado, já condenado em primeiro grau de jurisdição, pode recorrer por mais de uma maneira. O mesmo, contudo, não se verifica em relação à acusação, não podendo o *public prosecutor* recorrer da absolvição, tampouco interpor recurso adesivo quando o acusado recorra, em caso de condenação. Cuida-se igualmente da regra do *double jeopardy*, consagrado na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos: “[...] nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”. Argumenta-se, ainda, que tal assimetria se justifica em razão da enorme gama de poderes colocados à disposição da acusação para não iniciar o processo, bem como dos mecanismos ligados à discricionariedade da ação penal²⁷. Em tal sistema visa-se também a assegurar a soberania dos veredictos dos jurados e prevenir os acusados das retorsões ou represálias da acusação²⁸, a

to the ‘double jeopardy’ principle there is a fairly complex process designed to ensure that an acquittal is not too easily challenged.” (*The criminal process*, cit., p. 339).

²⁷Como bem explica M. DEGANELLO, “il *public prosecutor*, oltre a non poter contrastare un esito assolutorio – che pertanto risulta intangibile – è inibito dall’unire il proprio ricorso a quello dell’imputato, ovviamente al fine contrapposto di ottenere un aggravio di pena, nei confronti di una sentenza di condanna. Cionondimeno, egli è affidatario di un ricco patrimonio volto a bilanciare ex ante la denunciata sperequazione: si pensi al massiccio investimento sulle cosiddette ‘antiprocedure’ ovvero ai meccanismi discretivi di esercizio dell’azione penale.” (*Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi*, in R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2001, p. 103).

²⁸Neste sentido, M. DEGANELLO: “A differenza di quel che accade nel nostro ordinamento, laddove l’improcedibilità per un secondo giudizio opera, indipendentemente dalla formula decisoria, allorché la ‘cosa giudicata’ rivesta natura irrevocabile (v. art. 648 e 649 c.p.p.), oltreoceano il fattore determinante riposa nel fatto che i giurati popolari si siano disposti per l’assoluzione [cfr., però, U.S. v. Scott, 437 U.S. 82 (1978)]. Da un lato allora si tende a suscitare un vincolo di ‘finalità’ del provvedimento impugnabile e del relativo accertamento onde circoscrivere situazioni di eterno giudizio, dall’altro si mira a tutelare la presunzione di correttezza dell’operato del ‘tribunale dei pari’ per preservare l’*accused da reprobation* ritorsive e/o vendicative.” (*Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi*, cit., p. 103).

qual, como já assinalado, não é considerada imparcial.

3. Recentes hipóteses de supressão do recurso do Ministério Público em países de tradição romano-germânica. Como já se acenou anteriormente, apesar da longa tradição do Ministério Público no tocante ao exercício da ação penal nos ordenamentos de tradição romano-germânica, bem como o fato de a legitimação de referida instituição se vincular à aplicação imparcial da lei – e não ao consenso eleitoral –, sendo os recursos tradicionalmente considerados remédios utilizados por ambas as partes da relação processual com vistas à correção das sentenças, parcela da doutrina, sobretudo na Itália, começa a sustentar que se deve abolir o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau²⁹. Os fundamentos invocados para sustentar tal tese, circunscrevem-se, em regra, ao fato de convenções internacionais – como, por exemplo, o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 – terem assegurado aos acusados o direito de ver confirmada sua condenação por um tribunal superior³⁰, bem como a tentativas de importação do paradigma vigente nos países de tra-

²⁹Na doutrina italiana, sustentando a impossibilidade de o Ministério Público recorrer da sentença de absolvição de primeiro grau de jurisdição, vide: F. COPPI, *No all'appello del P.M. dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003, p. 30; F. R. DINACCI, *Impugnazioni e ragionevole durata*, in AA. VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 159; G. SPANGHER, *Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo*, in *Corriere Giuridico*, n. 10, 2002, p. 1261 s.; T. PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 4023 s. N. ROSSI, *Riformare 'insieme' la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, n. 5, 2005, pp. 903-917.

³⁰Neste sentido, afirma F. R. DINACCI: “Se il ‘doppio grado’ non risulta ricevere tutela, almeno in via diretta, in sede costituzionale risultando sufficiente il ricorso per Cassazione e se il diritto ad impugnare è estrinsecazione del diritto di difesa e non dell'obbligo di azione, nessuna lesione della garanzia costituzionale può intravedersi nell'abolire il diritto ad appellare del pubblico ministero avverso le sentenza di proscioglimento. La conclusione si pone in linea con le fonti pattizie che, si è visto, prevedono un diritto ad un riesame della decisione solo con riferimento alla figura del condannato.” (*Impugnazioni e ragionevole durata*, in AA. VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 159).

dição anglo-saxônica (a regra do *double jeopardy*), sobretudo em razão da influência exercida na Itália pelo processo penal norte-americano³¹.

Referida tese, contudo, alcançou o plano legislativo, e países como a Itália e a França procederam a reformas processuais (no caso da Itália, como se verá adiante, cuidou-se de uma tentativa frustrada) que limitaram o direito de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Na Itália, em 2006, foi promulgada a chamada *Legge Pecorella* (Lei nº 46, de 20.02.2006, que traz o seu epíteto do nome de seu principal inspirador, Gaetano Pecorella), a qual, modificando o *Codice di procedura penale* (art. 593) impediu o Ministério Público de apelar contra sentenças de absolvição prolatadas em primeiro grau de jurisdição³². Tal lei, considerada por muitos como uma “lei encomendada” ou “de caráter pessoal”, pois aprovada pela coalizão liderada pelo então primeiro-ministro Silvio Berlusconi – que respondia a várias acusações penais na justiça italiana e pretendia que a referida reforma fosse utilizada em seu favor –, foi declarada inconstitucional pela Corte constitucional italiana (*sentenza* n. 26, de 06 de fevereiro de 2007), a qual entendeu que a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado afronta expressamente o princípio de paridade de armas estabelecido no art. 111, 2, da Constituição italiana³³.

³¹Sobre o tema, veja-se E. AMODIO, *Miti e realtà della giustizia nordamericana*, cit., pp. 179s.

³²A Lei nº 46, de 20.02.2006, modificou o art. 593 do *Codice di procedura penale italiano*, o qual passou a dispor: “Art. 593. – (*Casi di appello*). – 1. Salvo quanto previsto dagli articoli 443, comma 3, 448, comma 2, 579 e 680, il pubblico ministero e l'imputato possono appellare contro le sentenze di condanna.”

³³Eis a ementa da referida sentença da Corte constitucional italiana: “Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento – principio del giusto processo – incompatibilità – conseguenze – incostituzionalità della inappellabilità [art. 593 c.p.p., art. 111 Cost., L. 46/2006]. La legge 46/2006 è costituzionalmente illegittima, perché in contrasto con il principio del giusto processo, ex art. 111 Cost., nella parte in cui vieta al pubblico ministero di appellare le sentenze di proscioglimento; l'alterazione del trattamento paritario dei contendenti, in dotta dalla norma in esame, infatti, non può essere giustificata, in termini di adeguatezza e proporzionalità, sulla base delle *rationes* che, alla stregua dei lavori parlamentari, si collo-

Outro exemplo digno de nota foi o que ocorreu, ainda anteriormente, na França, com a edição da Lei nº 516, de 15 de junho de 2000, também conhecida como *loi présomption d'innocence* e também como *Loi Guigou* (que extrai seu epíteto do nome da então Ministra da Justiça Élisabeth Guigou), a qual, modificando o *Code de procédure pénale* (art. 380) previu tão somente o recurso de apelação relativamente às decisões condenatórias proferidas pela *cour d'assises* em primeiro grau, excluindo a possibilidade de recurso em caso de absolvição³⁴. Também nesta hipótese, a doutrina especializada sublinhou a afronta ao princípio da paridade de armas no processo penal³⁵. Contudo, a Lei nº 307, de 4 de março de 2002 (art. 8, I), veio a prever a possibilidade de o *procureur générale* junto à *Cour d'appel* (mas não o *procureur de la République*) interpor recurso de apelação em face de decisões absolutórias proferidas pela *cour d'assises*.

4. A supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado na doutrina de Luigi Ferrajoli: garantismo e (dis)paridade de armas? O que toca mais diretamente com o presente trabalho é o fato de, também na Itália, o grande teórico do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, em sua obra *Principia iuris*, ter adotado recentemente a tese segundo a qual não se deve admitir o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição³⁶. Os fundamentos invocados pelo

cano alla radice della riforma”.

³⁴Dispõe o art. 380-1 do *Code de procédure pénale* francês, com as modificações introduzidas pela Lei nº 516, de 15 de junho de 2000: “Art. 380-1. - Les arrêts de condamnation rendus par la cour d'assises en premier ressort peuvent faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues par le présent chapitre. Cet appel est porté devant une autre cour d'assises désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation et qui procède au réexamen de l'affaire selon les modalités et dans les conditions prévues par les chapitres II à VII du présent titre.”

³⁵Neste sentido, por todos, veja-se F. FOURMENT: “La loi «présomption d'innocence» du 15 juin 2000 n'avait ouvert l'appel que contre les arrêts de condamnation, excluant cette voie de recours contre les arrêts d'acquiescement. L'égalité des armes entre les parties au procès criminel n'était pas respectée.” (*Procédure pénale*, cit., p. 297).

³⁶Eis a passagem (na verdade, uma nota de pé de página) na qual o Ferrajoli sustenta a

referido autor não são extraídos do modelo de processo penal anglo-americano, o qual, a propósito, muitas vezes é duramente por ele criticado³⁷. O fundamento da tese de Ferrajoli consiste na invocação das normas de convenções internacionais (sobretudo do Pacto internacional de direitos civis e políticos de 1966), segundo as quais o acusado tem direito à revisão de sua condenação por outro juízo, sendo, portanto, necessárias “due condanne conformi” para legittimar uma condenação definitiva. Diante disso, extrai ele como consequência que, pelo fato de não haver (no ordenamento italiano) um terceiro grau de jurisdição relativo ao *meritum causae*, uma

referida tese: “Questo diritto è stabilito implicitamente dall’art. 14, comma 5, dei Patti internazionali sui diritti civili e politici del 1966: «Ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l’accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge». È evidente che in un ordinamento che come quello italiano prevede due gradi di giudizi di merito, se la sentenza di primo grado è di assoluzione, la sentenza di condanna di secondo grado sollecitata dall’appello del pubblico ministero non è suscetibile del riesame richiesto dal suddetto art. 5. Perché tale riesame sia possibile e si raggiungano due condanne conformi, deve perciò essere appellabile solo la sentenza di condanna, mentre deve essere precluso l’appello della pubblica accusa contro le sentenze di assoluzione, destinate quindi a divenire definitive. Del resto, la pretesa che la pubblica accusa, dopo aver sconvolto ingiustamente la vita di un cittadino trascinandolo in giudizio e costringendolo a difendersi da un’accusa rivelatasi infondata, possa continuare a perseguirlo in vista di una condanna in appello, equivale a una forma di accanimento giudiziario: purché, evidentemente, l’accusa si sia rivelata, appunto, infondata e l’imputato sia stato assolto per non aver commesso il fatto o perché questo non sussiste o non costituisce reato, e non già perché il reato è dichiarato estinto per l’intervenuta prescrizione a seguito dell’applicazione di circostanze attenuanti. Proprio quest’ultima ipotesi invece – la sola che non giustifica l’inappellabilità – è stata quella che ha sollecitato, in Italia, la legge *ad personam* n. 46 del 20.2.2006 «in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento», poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza del 6.2.2007.” (*Principia iuris*, Volume II, Teoria della democrazia, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2009, nota 155, pp. 464-465).

³⁷Como afferma L. FERRAJOLI, “il legislatore italiano, suggestionato dagli aspetti deteriori dell’esperienza americana, ha invece imboccato la strada opposta, legittimando il patteggiamento dapprima con le leggi d’emergenza sui «pentiti» e poi, in maniera ancor più estesa, con la recente riforma del codice di procedura penale. Il risultato, come dimostrerò nei parr. 45 e 54, è inevitabilmente la corruzione della giurisdizione, la contaminazione poliziesca delle procedure e degli stili d’indagine e di giudizio, la conseguente perdita di legittimazione politica o esterna del potere giudiziario.” (*Dirito e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 625).

condenação em segundo grau, resultante de provimento de recurso do Ministério Público interposto em caso de absolvição em primeiro grau, implica inobservância do princípio relativo às “due condanne conformi”. Por esta razão, segundo o referido autor, deve-se admitir somente o recurso por parte do réu na hipótese condenação, suprimindo-se o recurso da acusação em caso de absolvição em primeiro grau de jurisdição.

Referida tese, contudo, merece ser analisada à luz da teoria do garantismo penal, magistralmente sistematizada pelo próprio Ferrajoli, pois esta parece não acolher, pelos mais variados fundamentos, a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado.

Em primeiro lugar, deve-se observar que ao afirmar que “*la pretesa che la pubblica accusa, dopo aver sconvolto ingiustamente la vita di un cittadino trascinandolo in giudizio e costringendolo a difendersi da un'accusa rivelatasi infondata, possa continuare a perseguirlo in vista di una condanna in appello, equivale a una forma di accanimento giudiziario*”, Ferrajoli parte da premissa incontestável de que a decisão absolutória de primeiro grau é justa (e não se está cuidando de decisão proferida pelo júri, cujo veredicto é soberano e desprovido de motivação), sem que se possibilite seja ela submetida à revisão, apesar de o próprio Ferrajoli afirmar em sua obra serem sempre possíveis as “inevitáveis deformações” das decisões judiciais³⁸. Além disso, o mesmo autor parte de outra equivocada premissa, qual seja, a de que o Ministério Público comete dupla injustiça: a injustiça de ter denunciado o acusado (pois a acusação se revelou infundada,

³⁸A propósito, L. FERRAJOLI afirma: “Al di là delle disoneste e partigiane alterazioni del vero, sono infatti possibili e in qualche misura inevitabili le deformazioni involontarie, dovute al fatto che ogni ricostruzione giudiziaria minimamente complessa degli avvenimenti passati equivale comunque a una loro *interpretazione*, cui il giudice perviene muovendo da ipotesi di lavoro che, per quanto precisate o modificate nel corso delle indagini, lo portano a valorizzare alcune prove e a trascurarne altre e gli impediscono talvolta non solo di capire ma perfino di vedere i dati disponibili ma con essi contrastanti. In ogni giudizio, insomma, è sempre presente una certa dose di pregiudizio.” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 30).

segundo declarado pela irrecorrível sentença absolutória, qualquer que tenha sido a sua motivação, ou mesmo na ausência desta) e a injustiça de, ainda assim, continuar a persegui-lo por intermédio do recurso. Tal concepção de Ministério Público que comete injustiças e persegue cidadãos por intermédio do exercício da ação penal, bem como pela interposição de recurso visando a corrigir uma decisão absolutória, parece estar em nítido contraste com a tese sustentada pelo próprio Luigi Ferrajoli, que enxerga no *Parquet* uma instituição de garantia, inclusive no processo penal, deputada à tutela dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos dos acusados³⁹.

Por outro lado, o próprio Ferrajoli sustenta firmemente, como uma das premissas do sistema garantista, a possibilidade de controle das decisões judiciais por ambas as partes⁴⁰, o que deriva da necessidade irrefutável de motivação das decisões⁴¹. Ora, se o Juiz souber, de antemão, que possível sentença de absolvição que ele venha a prolatar não poderá ser contestada por intermédio de recurso do Ministério Público (e, por conseguinte, também do ofendido), isso poderá gerar, para o Juiz, a certeza de que lhe foi conferido um poder (de absolver) sem qualquer tipo de controle. Neste contexto, cumpre remarcar que Ferrajoli sustenta, de maneira irrestrita, citando a célebre passagem de Montesquieu, que todo poder, inclusive o jurisdicional, precisa de limites e de controles: *“c’est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porte à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le diroit! La vertu*

³⁹Neste sentido, L. FERRAJOLI, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, in *Questione giustizia*, n. 1, Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 31 s.

⁴⁰Eis a passagem do maestro L. FERRAJOLI sobre o tema: “[...] il potere giudiziario non è il “disumano potere”; puramente potestativo della giustizia di cadì, ma è fondato sul “sapere” anche solo opinabile e probabile, ma proprio per questo confutabile e controllabile sia dall’imputato e dalla sua difesa che dalla società.” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 640).

⁴¹Como assevera L. FERRAJOLI, “precisamente, la motivazione consente la fondazione e il controllo delle decisioni sia *in diritto*, per violazione di legge o difetti d’interpretazione o sussunzione, sia *in fatto*, per difetto o insufficienza di prove ovvero per inadeguata esplicazione del nesso tra convincimento e prove. E non solo in appello ma anche in cassazione.” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 640).

même a besoin de limites”⁴².

Deve-se asseverar também que Ferrajoli não leva em conta o fato de que a irrecorribilidade da sentença absolutória pode ter o efeito negativo de fazer com que o Juiz, sabedor de que seu *decisum* absolutório não passará pelo controle de seus pares, se acomode em relação à busca da verdade processual. E que referida irrecorribilidade da sentença de absolvição pode ainda abrir um flanco à corrupção judicial, com a possível colusão do Juiz com o réu ou com a defesa técnica deste, violando o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional, o que se mostraria extremamente danoso ao Estado de direito, sobretudo em casos relativos à criminalidade organizada e à criminalidade política ou financeira. Neste sentido, cumpre asseverar que Ferrajoli também sustenta, em contradição com a tese da impossibilidade de o Ministério Público recorrer da absolvição, a possibilidade de ambas as partes recusarem o Juiz, sobretudo em hipóteses de colusão⁴³. Ora, pode ser que a colusão entre Juiz e réu se verifique exatamente no momento da sentença absolutória, quando então se retirará do Ministério Público a possibilidade de recorrer da absolvição com fundamento exatamente na colusão entre o Juiz e o réu.

Quanto à invocação, por parte de Ferrajoli, das “due condanne conformi” necessárias a legitimar a condenação definitiva, a qual é extraída acertadamente das normas constantes de convenções internacionais, cuida-se, de fato, de direito fundamental do acusado. Todavia, o fato de um direito fundamental encontrar-se previsto em uma convenção internacional não significa que se deva suprimir

⁴²Vide L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 943, nota 43.

⁴³Eis a passagem do mestre L. FERRAJOLI quanto à possibilidade de as partes recusarem o Juiz: “È necessario in primo luogo che il giudice non abbia nessun interesse privato o personale all’esito della causa: «nessuno può essere o arbitro della propria causa», e quindi – sono ancora parole di Hobbes – «non può essere giudice colui al quale arrida la speranza di ottenere maggiore utilità o soddisfazione della vittoria di una delle due parti piuttosto che dall’altra. A garanzia di questa indifferenza o disinteresse personale rispetto agli interessi in conflitto, è necessaria la ricusabilità del giudice di ciascuna delle parti interessate.” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 594-595).

um outro direito, qual seja, o do Ministério Público de estender, por intermédio do recurso, o direito de ação de que é titular, bem como de buscar a correção da decisão judicial em nome da sociedade. Ao contrário, a previsão do direito fundamental do acusado pelas normas convencionais impõe que os Estados implementem a respectiva garantia. Assim, na ausência de via recursal, qual seja, um terceiro grau de jurisdição que possa reexaminar o *meritum causae* em caso de condenação em segundo grau resultante de provimento de recurso do Ministério Público interposto de decisão absolutória em primeiro grau, Ferrajoli, ao invés de sustentar a supressão do recurso do Ministério Público – em frontal contradição com a paridade de armas no processo penal, da qual ele mesmo é um dos grandes cultores⁴⁴ –, deveria sustentar a necessidade de implementação, por lei, de mais uma via recursal de mérito com vistas a assegurar o direito fundamental do acusado de ver sua condenação confirmada (caso ela resulte de provimento a recurso do Ministério Público manejado em caso de absolvição em primeiro grau). Não por acaso, é o próprio Ferrajoli quem afirma que os “direitos fundamentais necessitam sempre de leis de atuação” com vistas à sua implementação⁴⁵.

Conclusivamente, pode-se afirmar que a doutrina do garantismo penal cunhada pelo próprio Luigi Ferrajoli não dá suporte a quaisquer dos argumentos trazidos a lume por ele com vistas à supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição, seja o repúdio à concep-

⁴⁴O próprio L. FERRAJOLI afirma que “perché la contesa si svolga lealmente e ad armi pari, occorre d'altra parte la perfetta uguaglianza tra le due parti” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 630).

⁴⁵L. FERRAJOLI afirma expressamente a necessidade de leis de atuação relativamente à implementação das garantias relativas aos direitos fundamentais: “Diverso è il caso dei diritti fondamentali – di tutti e non solo dei diritti sociali e di quelli di livello internazionali – che come ho mostrato sono immediatamente (disposti da) norme tetiche. In questo caso l'assistenza delle relative garanzie – di quelle primarie e più ancora di quelle secondarie – non è affatto scontata, dipendendo dalla loro espressa stipulazione ad opere di norme di diritto positivo ben distinte da quelle che ascrivono i diritti.” (*Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 30).

ção de processo que se desenvolve nos Estados Unidos da América, com os criticados acordos entre acusação e defesa, seja a necessidade de se controlar as decisões judiciais mediante recursos de ambas as partes, seja a concepção do Ministério Público como instituição imparcial ao qual incumbe também tutelar as garantias do acusado, seja, enfim, a necessidade de paridade de armas no processo penal, que deriva do princípio da isonomia. Quer-se crer, portanto, que a tese sustentada pelo *maestro* Luigi Ferrajoli, no sentido da supressão do recurso do Ministério Público, não passa de um *errore*, ou melhor, de um posicionamento em aparente contradição com a teoria do garantismo penal magistralmente por ele desenvolvida.

5. A impossibilidade de supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado no ordenamento brasileiro: o *Parquet* como parte imparcial no processo penal.

Além dos argumentos já analisados, algumas considerações merecem ser feitas quanto à impossibilidade de se suprimir, no ordenamento jurídico brasileiro, o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Em primeiro lugar, deve-se asseverar que na doutrina brasileira sempre foi admitido o recurso de apelação manejado pelo Ministério Público no caso de absolvição do acusado⁴⁶, diante do que prevê

⁴⁶No sentido do texto, H. A. MOSSIN, *Recursos em matéria criminal*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 49; A. PELLEGRINI GRINOVER, A. MAGALHÃES GOMES FILHO, A. SCARANCA FERNANDES, *Recursos no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pp. 78 e 126; R. PIRES DE CAMPOS BARROS, *Sistema do processo penal brasileiro*, Volume II, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 376; L. SANTORO DE CONSTANTINO, *Recursos criminais e ações, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, pp. 54-59; H. TORNAGHI, *Curso de processo penal*, Volume 2, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987, p. 354-355; M. ZANOIDE DE MORAES, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 286. Este último autor, a propósito, elenca como “únicas hipóteses de ilegitimidade recursal do Ministério Público” “as sentenças absolutórias não impugnadas pelo querelante e proferidas em ação penal de iniciativa exclusivamente privada” e o (atualmente extinto) “protesto por novo júri” (ivi, pp. 287, 288 e 292).

expressamente o art. 593 do Código de Processo Penal, seja nos processos perante o Juízo comum ou os Juízos especiais, seja no caso de absolvição do acusado no procedimento do Júri, sendo neste último caso o recurso de apelação vinculado às hipóteses previstas em lei, como, por exemplo, ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, do CPP). No processo penal brasileiro, a soberania dos veredictos do Júri se vê atenuada desde o Código de Processo Criminal do Império de 1832, que já previa a apelação, manejável por qualquer das partes mesmo em caso de absolvição, para os casos de inadequação da decisão dos jurados, de inobservância das fórmulas procedimentais e para o caso de a pena não se adequar à previsão legal⁴⁷. Tal sistemática foi mantida pelo Regulamento n° 848 de 1890⁴⁸, que organizou a Justiça Federal após a proclamação da República, pelo Decreto-lei n° 167 de 1938⁴⁹, que regulamentou a instituição do Júri – que não recebeu menção na Carta Constitucional de 1937 – e, posteriormente, pelo Código de processo penal de 1941. O único recurso do qual não podia fazer uso o Ministério Público era o antigo protesto por novo júri, extinto por intermédio da Lei n° 11.689, de 2008.

Na tradição jurídica romano-germânica e, por conseguinte, no ordenamento jurídico brasileiro, os recursos são considerados uma extensão ou modalidade do direito de ação já exercido, no caso da

⁴⁷Previa o art. 301 do Código de Processo Criminal de 1832: “Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de appellação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuzer a pena declarada na Lei?”

⁴⁸Dipunha o art. 93 do Regulamento n° 848, de 11 de outubro de 1890: “Será concedido *às partes* o prazo de tres dias para interposição do recurso das sentenças do Tribunal do Jury e bem assim para o protesto por novo julgamento.” (grifos não constantes do original)

⁴⁹Os arts. 91 e 92 do Decreto-lei n° 167, de 05 de janeiro de 1938 estatuíam: “Art. 91. Só será admitida apelação de qualquer das partes quando interposta por escrito, depois de dissolvido o conselho de sentença, e dentro de cinco dias, sempre com efeito suspensivo, salvo si, no caso de absolvição, e tratando-se de crime afiançável, o réu estiver preso.” (grifos não constantes do original). O art. 92, por sua vez, dispunha: “A apelação sómente pode ter por fundamento: a) nulidade posterior à pronúncia; b) injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário?”

acusação, ou uma extensão do direito de defesa, no caso do acusado⁵⁰. A adoção do duplo grau de jurisdição no processo penal permite a devolução da matéria impugnável ao juízo *ad quem*, impedindo apenas a *reformatio in peius*, ou seja, a piora da situação jurídica estabelecida na sentença quando só o acusado tiver recorrido. Assim, a regra do *double jeopardy*, da tradição anglo-saxônica, nenhuma valia tem entre nós no que toca à fase recursal, pois a interposição dos recursos não inaugura nova relação processual. Assim, a absolvição em primeiro grau, por si só, não extingue a relação processual, a qual pode ser estendida ao juízo *ad quem* por intermédio dos recursos interpostos seja pelo Ministério Público (ou, por vezes, pelo ofendido), seja pelo acusado ou pela defesa técnica deste. Tal somente se verifica com o trânsito em julgado da decisão absolutória para a acusação, no caso de o Ministério Público não interpor o recurso de apelação, no prazo legal, ou, quando, caso possível, não o fizer o ofendido (após decorrido o prazo que o *Parquet* possuía para impugnar a absolvição).

Deve-se considerar, ainda, o fato de o Brasil ser signatário de convenções internacionais, como a Convenção americana sobre direitos humanos de 1969 (o chamado Pacto de São José de Costa Rica, promulgado por intermédio do Decreto nº 678, 06 de novembro de 1992), cujo art. 8º, n. 2, h, estabelece o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, bem como o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 (promulgado por intermédio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992), cujo art. 14, 5, estabelece que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Vê-se, portanto, que referidas normas, incorporadas ao direito brasileiro, estabeleceram o direito fundamental de o condenado recorrer da sentença condenatória para uma instância superior. Assim, deve-se implementar e tornar efetivo referido direito fundamental, o que não significa,

⁵⁰Neste sentido, por todos, veja-se A. PELLEGRINI GRINOVER, A. MAGALHÃES GOMES FILHO, A. SCARANCA FERNANDES, Recursos no processo penal, cit., p. 32.

nem poderia ter como consequência lógica, a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição. Portanto, deve-se introduzir no direito brasileiro a possibilidade de análise de mérito, realizada por um terceiro grau de jurisdição – no caso, o Superior Tribunal de Justiça –, relativamente às condenações em segundo grau de jurisdição resultantes de provimento de recurso do Ministério Público interposto no caso de absolvição em primeiro grau de jurisdição. Isto, aliás, foi o que decidiu a Corte Interamericana de direitos humanos no caso *Mohamed vs. Argentina* (sentença de 23 de novembro de 2012), quando determinou a responsabilidade internacional da Argentina, pois considerou que o recurso extraordinário previsto no ordenamento argentino não garante o direito do acusado de recorrer para instância superior quando este tenha sido condenado em segundo grau de jurisdição em razão de provimento de recurso do Ministério Público em caso de absolvição em primeiro grau⁵¹. Referida Corte, a propósito, sequer cogitou da supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado

⁵¹Eis o resumo oficial do caso, emitido pela Corte interamericana: “El 23 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) emitió la Sentencia, en la cual desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado, y declaró, por unanimidad, que el Estado es internacionalmente responsable por haber violado el derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de Oscar Alberto Mohamed. La Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo penal condenatorio. El señor Mohamed fue condenado como autor del delito de homicidio culposo mediante sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por el tribunal en segunda instancia, la cual revocó el fallo absolutorio que había proferido el juzgado de primera instancia.” No corpo da decisão ficou estabelecido: “La Corte consideró que el referido recurso extraordinario no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, resaltó que las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional.” O julgado pode ser acessado no site da Corte interamericana de direitos humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_255_esp.pdf.

em primeiro grau de jurisdição.

Ainda em reforço à tese de que se deve implementar o direito fundamental, e não se suprimir o recurso do Ministério Público convém notar, ainda no âmbito das Convenções internacionais, que o Brasil é também signatário do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (promulgado por intermédio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002), a ele se submetendo por força de norma constitucional (art. 5º, § 4º, da Constituição da República), sendo que este diploma prevê expressamente a possibilidade de o Procurador recorrer amplamente das decisões, inclusive daquelas de absolvição (art. 81)⁵².

Além disso, dever-se-ia admitir no ordenamento brasileiro – e esta, sim, efetivamente é uma tese garantista – a possibilidade de o condenado aderir ao recurso da acusação, sobretudo em casos de absolvição, como de há muito já sustentado por parcela louvável da doutrina brasileira⁵³ e previsto, por exemplo, no Code de procédure pénale francês (art. 380-10)⁵⁴.

Por fim, toda esta discussão acerca do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado deve ser analisada levando-se em consideração que referida instituição, no direito brasileiro, deve ser considerada, como afirma o próprio Luigi Ferrajoli, como uma instituição de garantia deputada à tutela dos direitos fundamentais⁵⁵ e, por consequência, verdadeira parte imparcial no processo penal.

No Brasil, alguns poucos doutrinadores possuem uma visão

⁵²Admitindo sem qualquer empecilho o recurso do Procurador junto à Corte penal internacional, inclusive nos casos de absolvição, veja-se, na doutrina, A.ABDESSEMED, *Le principe du double degré de juridiction et les juridictions pénales internationales*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 74, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2007, p. 433.

⁵³Neste sentido, veja-se, o inovador estudo de S. DEMORO HAMILTON, *A viabilidade do recurso adesivo no processo penal*, in *Processo penal. Reflexões*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 167 s.

⁵⁴O Código de processo penal francês prevê em seu art. 380-10, o chamado *appel "incident"*: “En cas d'appel d'une partie, pendant les délais ci-dessus, les autres parties ont un délai supplémentaire de cinq jours pour interjeter appel.”

⁵⁵Assim, L. FERRAJOLI, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, cit., p. 31 s.

decididamente equivocada a respeito do Ministério Público, asseverando ser este um acusador implacável, parcial e que tem por incumbência a obtenção da condenação do acusado, sem a qual sua razão de ser perderia completamente o sentido⁵⁶. Isto advém de uma interpretação equivocada a respeito da referida instituição, não levando em conta sua história e evolução, bem como de uma visão excessivamente impregnada da concepção relativa ao processo penal acusatório norte-americano, caracterizada pela possibilidade de o acusador – que, como já se asseverou, possui fonte de legitimação distinta daquela do Ministério Público dos países de tradição romano-germânica – dispor do objeto do processo, sem qualquer comprometimento com a imparcialidade e a igualdade entre os cidadãos. A doutrina amplamente majoritária, contudo, sempre entendeu que o Ministério Público é configurado no processo penal brasileiro como parte imparcial⁵⁷, atuando como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257 do CPP), podendo opinar pela absolvição do acusado (art. 385 do CPP), impetrar *habeas corpus* diante de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção do réu (art. 654 do CPP), bem como recorrer em seu favor, segundo entendimento

⁵⁶Neste sentido, sem qualquer fundamentação razoável, A. NICOLITT, *Manual de processo penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 224-225; igualmente, R. R. REBELLO CASARA, A. P. MELCHIOR, *Teoria do processo penal brasileiro*, Vol. I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 382, os quais se referem ao “mito da imparcialidade do Ministério Público”.

⁵⁷Na doutrina brasileira, já era a lição de H. TORNAGHI: “Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu. [...] Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar como custodio da lei e o seu caráter de parte.” (*Curso de processo penal*, Volume I, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 486. Sustentando ainda a imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro, dentre tantos, vide: A. ARAUJO DE SOUZA, *O abuso do direito no processo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 172; M. BATLOUNI MENDRONI, *Curso de investigação criminal*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 271; M. A. DE BARROS, *A busca da verdade no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 155; S. L. DE SOUZA ARAÚJO, *Teoria geral do processo penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 1999, p. 219; P. C. PINHEIRO CARNEIRO, *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 9; A. SCARANCE FERNANDES, *Processo penal constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 235; A. SILVA JARDIM, *Direito processual penal*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 227.

já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a ausência de imparcialidade do *Parquet* representaria desprestígio ao princípio da isonomia entre todos os cidadãos⁵⁸, bem como uma enorme perda para o Estado constitucional de direito e até mesmo para a democracia⁵⁹, considerada a sua qualidade de instituição de garantia deputada à tutela dos direitos fundamentais.

Até mesmo na fase pré-processual, antes de instaurada a relação processual, entende-se que o Ministério Público, que obviamente ainda não é parte, tem o dever de obrar com imparcialidade, sendo obrigado durante a investigação preliminar a reunir todos os elementos probatórios acerca do fato criminoso, inclusive os que se mostrem favoráveis à pessoa submetida à investigação⁶⁰. Não se trata de uma elucubração doutrinária, mas de previsão expressa constante de vários Códigos de processo penal modernos, como por exemplo, os da Alemanha de 1974 (§ 160, II)⁶¹, da Itália de 1988 (art. 358)⁶², da Bolívia de 1999 (art. 72)⁶³, e até mesmo na Constituição

⁵⁸Afirma, neste sentido, expressamente A. SCARANCE FERNANDES: “a imparcialidade do Promotor preserva a igualdade do tratamento a todos os acusados, sem proteccionismos ou excessos acusatórios.” (*Proceso penal constitucional*, cit., p. 235).

⁵⁹Já em 1969, criticando a influência do direito anglo-americano no que toca à função do Ministério Público no processo penal, afirmou C. ROXIN: “Una transformación de nuestro proceso penal, en el sentido del procedimiento anglo-americano de partes, como se reclama insistentemente, conduciría forzosamente, en cambio, a otras consecuencias totalmente distintas para los funcionarios de la acusación, a saber, a su reestructuración en el sentido de una instancia de persecución parcial y ejecutiva. Me parece indiscutible que esto significaría una pérdida importante para el Estado de Derecho.” (*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, cit., p. 53).

⁶⁰Como afirma G. SILVESTRI, relativamente ao ordenamento jurídico italiano, “la delicatezza dei momenti iniziali del procedimento, quando ancora non è stata esercitata l'azione penale, richiede una valutazione *imparziale* della fondatezza della *notitia criminis* non solo allo scopo di poter sostenere l'accusa in dibattimento, secondo la prescrizione dell'art. 125 disp. att. c.p.p., ma anche, e principalmente, per non trasformare il processo da strumento di tutela dei diritti dei cittadini in luogo istituzionale della loro lesione.” (*Il P.M. quale era, quale è, quale dovrebbe essere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, marzo-aprile, 1997, p. 959).

⁶¹Estatui o § 160, II, da *Strafprozeßordnung* alemã: “Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist”.

⁶²O art. 358 do *Codice di procedura penale italiano* estabelece: “Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”.

⁶³Por sua vez, dispõe o art. 72 do *Código de procedimiento penal* boliviano de 1999: “Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.”

da Colômbia de 1991 (art. 250, 5)⁶⁴. Também após o exercício da ação penal e durante todo o processo o Ministério Público conserva a sua imanente imparcialidade⁶⁵, como de há muito já afirmava Francesco Carrara⁶⁶. Ainda muito antes, esta já era a tese de vários iluministas, como por exemplo o célebre Montesquieu, partidário de que a ação penal fosse conferida ao Ministério Público⁶⁷, afirmando que este jamais deve demonstrar “zelo pela condenação”, pois sua função é fazer “punir ou absoudre”⁶⁸.

Esta possibilidade de atuar também em favor do acusado reflete claramente o seu papel de instituição de garantia, deputada à tutela

⁶⁴Dispõe, a propósito, o art. 250, 5, da Constituição colombiana: “(...) La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.”

⁶⁵Preciso sobre o tema, na doutrina espanhola, R. MARTÍNEZ DALMAU: “En ningún modo, en un Estado democrático, debería el Ministerio Público entenderse de otra manera, por cuanto está vinculado a los principios de legalidad e imparcialidad.” (*Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, València, Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999, p. 118). No mesmo sentido, na doutrina italiana, A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 231; L. SANSÒ, *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 324. O mesmo entendimento é sustentado na doutrina francesa por J.-P. JEAN, *Le modèle u magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial*, in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *Quel avenir pour le Ministère Public?*, Paris, Dalloz, 2008, p. 83 s. Igualmente, na doutrina portuguesa G. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal, III*, cit., p. 303.

⁶⁶Eis a passagem do grande F. CARRARA a respeito do Ministério Público: “I suoi precipui doveri sono l'imparzialità, e la freddezza; e deve soprattutto esser cauto di non scambiare lo zelo per la condanna con lo zelo per la giustizia.” (*Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Vol. II, 5ª ed., Lucca, 1871, p. 414).

⁶⁷Neste sentido, a passagem de MONTESQUIEU: “Nous avons aujourd'hui, une loi admirable; c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre, en son nom, tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; et, si ce vengeur public étoit soupçonné d'abuser de son ministère, on l'obligeroit de nommer son dénonciateur. Dans le lois de Platon, ceux qui négligent d'avertir les magistrats ou de leur donner du secours doivent être punis. Cela ne conviendrait point aujourd'hui. La partie public veille pour les citoyens; elle agit, et ils son tranquilles.” (*De l'esprit des lois* [1748], Tome premier, Paris, P. Pourrat Frères, 1831, p. 167-168).

⁶⁸Assim, M. A. CATTANEO, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2000, p 45-46.

de direitos também no processo penal⁶⁹. Mas, ao mesmo tempo, o *Parquet* não desempenha um papel de co-defensor do imputado, sendo impossível, sob o plano lógico, uma duplicidade de funções no mesmo procedimento⁷⁰. A sua imparcialidade, portanto, não lhe permite substituir-se ao defensor do acusado, pois este, além de tornar possível a defesa técnica, também possui a função de garantir o necessário contraditório entre acusação e defesa⁷¹. Relativamente ao Ministério Público, portanto, não se pode falar em terceiro, pois esta qualidade é reservada ao Juiz, sendo o *Parquet* postulante na relação processual penal. Isto, porém, não exclui a sua imparcialidade, que se consubstancia em perseguir a verdade processual e

⁶⁹Neste sentido, C. ROXIN se refere ao “famoso dictamen de Savigny y Uhden, del año 1846, que reza: ‘que el fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar en el procedimiento contra el acusado desde un comienzo, en el sentido de que sobre todo la ley sea satisfecha’. ‘En esa posición fundamental’ – prosiguen los autores – ‘el fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra él?’ O mesmo autor completa: “Esta posición de custodio de la ley, que se ha consolidado dentro del Derecho vigente en las obligaciones del ministerio público de incorporar también el material de descargo y, dado el caso, de interponer recursos a favor del condenado o procurar la revisión, es también de gran actualidad aun para la discusión en el presente, porque proporciona la prueba de que la investigación de los hechos y la decisión jurídica, hechas por el fiscal y por el juez, deben estar presididas exactamente por los mismos fines.” (*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba, in AA.VV., *El Ministerio Publico en el proceso penal*, reimpressão, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 41).

⁷⁰Neste sentido, a perfeita observação de G. SILVESTRI: “Bene ha fatto quindi la Corte a prendere le distanze da questo paternalismo giudiziario, nutrito di ideologia statalistica, ed a riaffermare il semplice schema del rito accusatorio (nel recente passato offuscato da talune sue stesse pronunce), fondato sulla irriducibile eterogeneità tra P.M. e difesa, realmente contrapposti nel processo e non ‘collaboranti’ per il conseguimento del bene superiore dell’accertamento della verità, cui deve pensare esclusivamente il giudice, alla luce e nei limiti delle evidenze processuali. L’imparzialità del P.M. non può avere il significato di una sua anomala duplicità di ruoli nel medesimo procedimento, impossibile, oltre che per ragioni giuridico-processuali, per elementari dettami della logica comune. Si trae, nel sostenere la tesi criticata, da un principio valido, l’imparzialità del P.M., una conseguenza eccessiva, il P.M. ‘co-difensore’, che finisce per negare il fondamento su cui poggia l’idea stessa della sua neutralità.” (*Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano Giuffrè, marzo-aprile, 1997, p. 958).

⁷¹Neste sentido, A. TRAVERSI, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 03.

aportar ao processo todas as provas sobre o fato criminoso, sejam elas desfavoráveis ou favoráveis ao imputado. A propósito, a Corte Constitucional italiana reconheceu expressamente (sentença n. 88 de 1991) a fisionomia de “*parte imparziale*” do Ministério Público, não como mero acusador, “*ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a cercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all’imputato*”⁷². Não se trata de simples sutileza teórica, havendo mesmo quem não o considere como “parte”, exatamente por causa de sua imanente imparcialidade, como o fez recentemente a Corte Constitucional alemã⁷³, adotando concepção diametralmente oposta àquela sustentada por Carnelutti, que criticava a expressão “parte imparcial” atribuída ao *Parquet*⁷⁴.

Desta maneira, pode-se afirmar conclusivamente que, sendo o Ministério Público inquestionavelmente parte imparcial no processo penal brasileiro, autorizado inclusive a postular em favor do acusado, e detentor da missão de buscar sempre a correta aplicação da

⁷²Quanto às medidas cautelares, dispõe o art. 291, 1, do Código de processo penal italiano de 1988: “Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell’imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositati.” Também de acordo com os princípios diretivos sobre o papel dos membros do Ministério Público adotados no VIII Congresso das Nações Unidas de 1990, “Les magistrats du parquet n’engagent ni ne continuent des poursuites ou font tout leur possible pour suspendre la procédure lorsqu’une enquête impartiale révèle que l’accusation n’est pas fondée” (§ 14).

⁷³Relativamente à *Staatsanwaltschaft* alemã, H. HENRION, N. SALDITT sublinham que a Corte Constitucional alemã não considera o Ministério Público como parte no processo penal, exatamente em razão da sua imparcialidade: “La Cour constitutionnelle fédérale déclare que le ministère public n’est pas ‘partie au procès pénal’, puisqu’il est soumis à un devoir d’objectivité lui enjoignant de prendre en compte les intérêts de la personne suspectée ou poursuivie à tous les stades du procès en instruisant à charge et à décharge (§ 160, II, StPO), en exerçant, les cas échéant, une voie de recours en sa faveur (§ 296, II, StPO) et en demandant la réouverture d’un procès pour faire proclamer l’innocence d’un condamné (§ 359 et 365, StPO)” (*Le ministère public allemand, une institution ambivalente*, in C. LAZERGES (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 30-31).

⁷⁴Quanto às referidas críticas, todas rebatidas pela doutrina, veja-se F. CARNELUTTI, *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto*, in *Rivista di diritto processuale*, Volume I, 1953, p. 257 s.

lei, não há qualquer fundamento razoável para que se lhe suprima o recurso em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

BIBLIOGRAFIA

ABDESSEMED, Abderrachid, *Le principe du double degré de juridiction et les juridictions pénales internationales*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 74, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2007.

AMODIO, Ennio, *Miti e realtà della giustizia nordamericana*, in *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giustoprocesso*, Milano, Giuffrè, 2003.

ARAUJO DE SOUZA, Alexander, *O abuso do direito no processo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

ARTKÄMPER, Heiko; HERRMANN, Gunnar; JAKOBS, Carola; KRUSE, Henner, *Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft*, Münster, ZAP, 2008.

ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike, *The criminal process*, third edition, Oxford, Oxford University Press, 2005.

BALESTRIERI, Davide, GIRALDI, Carmen, *Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi*, Padova, Cedam, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*, in *Temas de direito processual*, Sétima série, São Paulo, Saraiva, 2001.

_____. *O processo penal norte-americano e sua influência*, in Te-

mas de direito processual, Oitava série, São Paulo, Saraiva, 2004.

BATLOUNI MENDRONI, Marcelo, *Curso de investigação criminal*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

BORTOLOTTI, Guido, *Ministero Pubblico (materia penale)*, in *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911.

BOTTA, Fabio, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, Edizioni AV, 1996.

BRITO DE ASSIS, Adriano Marcus, *Notas sobre o Crown prosecution service: o Ministério Público da Inglaterra e do País de Gales*, in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 52, abr./jun. 2014.

BUSS, Sebastian, *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein Vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2010.

CADOPPI, Alberto, MCCALL SMITH, Alexander, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, Cedam, 1995.

CARNELUTTI, Francesco, *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto*, in *Rivista di diritto processuale*, Volume I, 1953.

CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Vol. II, 5ª ed., Lucca, 1871.

CATTANEO, Mario Alessandro, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2000.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2001.

COPPI, Franco, *No all'appello del P.M. dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003.

CORDERO, Franco, *procedura penale*, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 2001.

CRISTIANI, Antonio, *Manuale del nuovo processo penale*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1991.

CROALL, Hazel, MOONEY, Gerry, MUNRO, Mary, *Criminal justice in Scotland*, Oxon, Willan Publishing, 2010.

DA COSTA TOURINHO FILHO, Fernando, *Processo penal*, Volume 4, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

DE BARROS, Marco Antonio, *A busca da verdade no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

DEGANELLO, Mario, *Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi*, in GAMBINI MUSSO, Rosanna (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2001.

DEMORO HAMILTON, Sergio, *A viabilidade do recurso adesivo no processo penal*, in *Processo penal. Reflexões*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

DE SOUZA ARAÚJO, Sérgio Luiz, *Teoria geral do processo penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 1999.

DEZZA, Ettore, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, Giappichelli, 2009.

DINACCI, Filippo Raffaele, *Impugnazioni e ragionevole durata*, in AA. VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*, Torino, Giappichelli, 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de processo penal brasileiro anotado*, Volume VI, Campinas, Bookseller, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2004.

_____. *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

_____. *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, n. 1, Milano, FrancoAngeli, 2012.

_____. *Principia iuris*, Volume II, Teoria della democrazia, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2009.

FOURMENT, François, *Procédure pénale*, 6e éd., Paris, Paradigme, 2005.

FREDERICO MARQUES, José, *Elementos de direito processual penal*, Volume IV, reed., Campinas, Bookseller, 1998.

GASPARINI, Alessandro, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in GAMBINI MUSSO, Rosanna (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2001.

GODARD, Joëlle, *L'influence du droit français sur le développe-*

ment de la pensée juridique et du droit écossais, in Revue historique de droit français et étranger, n. 1, Paris, Dalloz, 2004.

GUSTAPANE, Antonello, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano, Giuffrè, 1999.

HENRION, Hervé, SALDITT, Nicole, *Le ministère public allemand, une institution ambivalente*, in C. LAZERGES (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006.

JEAN, Jean-Paul, *Le modèle u magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial*, in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *Quel avenir pour le Ministère Public?*, Paris, Dalloz, 2008.

KELLER, Gustav, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Wien, Wilhelm Braumüller, 1866.

MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de processo penal, III*, Lisboa, Verbo, 1994.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, València, Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999.

MÌNISCI, Francesco; CURRELI, Claudio, *Il Pubblico Ministero. Compiti e poteri nelle indagini e nel processo*, Milano, Giuffrè, 2011.

MONTERO AROCA, Juan, *Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal*, in *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 4, Madrid, Ministerio de Justicia, 1997.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [1748], Tome premier, Paris, P. Pourrat Frères, 1831.

MOSSIN, Heráclito Antonio, *Recursos em matéria criminal*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

NICOLITT, André, *Manual de processo penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

PADOVANI, Tullio, *Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, in *Casazione penale*, 2003.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio, *Recursos no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

PIETRINI, Stefania, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano, Giuffrè, 1996.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar, *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

PIRES DE CAMPOS BARROS, Romeu, *Sistema do processo penal brasileiro*, Volume II, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

REBELLO CASARA, Rubens Roberto, MELCHIOR, Antonio pedro, *Teoria do processo penal brasileiro*, Vol. I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

REID, William, *The origins of the office of Procurator Fiscal in Scotland*, in *Juridical review*, n. 10, London, 1965.

ROSSI, Nello, *Riformare 'insieme' la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, n. 5, 2005.

ROXIN, Claus, *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba, in AA.VV., *El Ministerio Publico en el proceso penal*, reimpressione, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

SABINI, Angelo, *Leggi criminali del serenissimo dominio veneto in un solo volume*, Venezia, Antonio Pinelli, 1751.

SANSÒ, Luigi, *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*, Milano, Giuffrè, 1953.

SANTORO DE CONSTANTINO, Lúcio, *Recursos criminais e ações, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

SCARANCA FERNANDES, Antonio, *Processo penal constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA JARDIM, Afranio, *Direito processual penal*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

SILVESTRI, Gaetano, *Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano Giuffrè, marzo-aprile, 1997.

SPANGHER, Giorgio, *Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo*, in *Corriere Giuridico*, n. 10, 2002.

SPENCER, John R., *La procédure pénale anglaise*, Paris, PUF,

1998

TONINI, Paolo, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2003.

TORNAGHI, Hélio, *Curso de processo penal*, Volume I, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

_____. *Curso de processo penal*, Volume II, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987.

TRAVERSI, Alessandro, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Milano, Giuffrè, 2009.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles, *Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history*, New York, Cambridge University, 1987.

_____. *Public prosecutions of crime in twelfth-century England, in Legal history. A European perspective*, New York-Rio Grande, The Hambledon, 1991.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: BREVES REFLEXÕES ACERCA DO INSTITUTO E A SUA CONFORMAÇÃO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Antônio José Barbosa Neto¹

1. Introdução; 2. Apresentando o problema; 3. Observações críticas; 4. Tomada de posição: as funções da autoridade policial à luz do pacto de são José da Costa Rica; 5. Precedentes da corte interamericana de direitos humanos e a interpretação nacionalizante do artigo 7.5 da convenção americana de direitos humanos; 6. Conclusão.

1. Introdução:

O afã pela instituição da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro surge em um contexto de total falência do sistema prisional, onde o alto índice de presos provisórios é alarmante e, sobretudo, em um momento de grave crise econômica, fator este que impulsionou o governo a apoiar tal medida, com vistas a diminuir o efetivo carcerário.

Diante disso, pretende-se dar uma interpretação distorcida ao

¹Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, lotado na Promotoria de Justiça junto à 2ª Vara Criminal/Campos dos Goytacazes.

artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e implantar, a qualquer custo, a tão festejada audiência de custódia.

Diferentemente de outros países, que não contam com a figura do Delegado de Polícia, nosso sistema penal dispõe de uma autoridade com formação jurídica na condução da fase pré-processual da persecução penal, cabendo a este exercer o primeiro juízo de legalidade das prisões, o que, sem dúvida, constitui um enorme avanço em comparação com outros sistemas.

O sistema da dupla cautelaridade (adotado pelo ordenamento interno) está em perfeita consonância com os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, sendo até mais consentâneo com os preceitos do Pacto de São José da Costa Rica.

Diante do exposto, em tempos que, em nome da eficiência e da conveniência, os atos administrativos são editados ao arrepio das normas constitucionais, faz-se mister refletir a respeito da coerência da hermenêutica jurídica contemporânea, bem como da fiel aplicação dos predicados preconizados na Carta Magna.

Desta forma, com vistas a fomentar a discussão a respeito do tema, o presente trabalho pretende ressaltar a relevância do aspecto hermenêutico na nacionalização dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a finalidade e a implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico interno, bem como as suas críticas e, por fim, realizar uma breve abordagem a respeito do papel do delegado de polícia na sistemática processual penal brasileira.

2. Apresentando o problema:

a) Conceito e finalidade:

Apesar de a doutrina majoritária ter assentado entendimento no sentido de que a Audiência de Custódia² goza de previsão nor-

²Também denominada de “Audiência de Garantia” ou “Audiência de Apresentação”.

mativa em diversos tratados internacionais, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor no Brasil há mais de duas décadas, os estudos aprofundados a respeito da matéria só se intensificaram há pouco mais de dois anos.

Diante disso, não há dúvidas de que as discussões ainda são muito superficiais, carecendo, portanto, de um maior amadurecimento técnico. Ressalte-se ainda que, por tratar-se de ato processual penal genuinamente brasileiro, não encontrando correspondência no direito comparado, a audiência de custódia é tratada somente por doutrinadores pátrios, dentre eles o emérito Defensor Público Federal e membro do Grupo de Trabalho da União sobre Presos, o professor Caio Paiva, que assim conceitua a audiência de custódia:

“A audiência de custódia consistente na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura”³.

No mesmo diapasão, trar-se-á à colação a definição do instituto atribuída por outros estudiosos do tema:

“A denominada audiência de apresentação ou de custódia é um instrumento de natureza pré-processual que pode ser definido como um ato destinado a concretizar o direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro, a depender

³PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 31.

da incidência, ou não, de foro por prerrogativa) com o objetivo de que a sua prisão em flagrante seja analisada, quanto a sua legalidade e necessidade e seja cessada a constrição, se ilegal, ou mesmo ratificada e fortalecida através da decretação da prisão preventiva, ou, ainda, substituída por outra medida cautelar alternativa, se cabível”⁴.

Noutro giro, assevera o eminente Defensor Público supracitado: “*a principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal Brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.*”

Dentre as demais finalidades da referida audiência, estão: a prevenção da tortura policial, com vistas a assegurar a integridade física e psíquica do conduzido e o controle das prisões ilegais e desnecessárias.

Consoante leciona o professor Gustavo Badaró, deve o magistrado, no ato da audiência de Custódia, exercer um juízo complexo sobre o caso posto à análise:

“No caso de prisão em flagrante, o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou bifronte: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à

⁴OLIVEIRA, Gisele Souza de; JÚNIOR, Samuel Meira Brasil; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015. p. 108.

prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar”⁵.

Antes de concluir, necessário ressaltar que, afora as finalidades supramencionadas, o furor que norteia a implantação da audiência de custódia mediante ato administrativo – tema que será tratado no próximo capítulo, funda-se, também, em algumas outras finalidades de cunho político-econômico, dentre as quais destaca-se a melhora do sistema carcerário brasileiro, que vive um momento de total falência e, sobretudo, a economia que poderá advir com a diminuição da população carcerária, sendo certo que este último fator foi o determinante para que os defensores da audiência de custódia pudessem contar com o apoio do governo.

A Defensoria Pública da União, corroborando os argumentos em favor da audiência de custódia, publicou uma cartilha na qual demonstra, de forma simples e objetiva, a importância da audiência de custódia, explicitando, inclusive, algumas de suas finalidades:

- a) Combate a superlotação carcerária: A apresentação imediata da pessoa detida ao juiz é um mecanismo que possibilita à autoridade judiciária a apreciação da legalidade da prisão. A realização da audiência de custódia minimiza a possibilidade de prisões manifestamente ilegais.
- b) Inibe a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais: Atos de tortura violam os direitos fundamentais do cidadão, e apesar das providências tomadas contra estes atos nos últimos anos no Brasil, ainda são recorrentes os casos em que a tortura ainda é praticada durante interrogatórios policiais.

⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia*. p.14. Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em: 12 nov. 2015.

c) Viabiliza o respeito às garantias constitucionais: A realização de audiências de custódia garantiria, no Brasil, o efetivo respeito ao princípio constitucional do contraditório, conforme Art. 5º, LV, CF.

d) É demanda social expressa em iniciativa legislativa: O Projeto de Lei 554/2011, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, propõe a alteração do parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal incluindo a obrigatoriedade da realização de audiências de custódia no processo penal brasileiro.

e) Reforça o compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992, dispõe que “toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada a exercer funções judiciais” (art. 7º).

f) Renova as credenciais do Brasil no cenário internacional: Organismos e atores internacionais – tais como a “Human Rights Watch”, organização não governamental dedicada à proteção dos direitos humanos em todo o mundo, e o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) – já sinalizaram sobre a importância da audiência de custódia.

g) Adequa o ordenamento jurídico interno para cumprimento de obrigações internacionais, conforme exige o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), segundo o qual é dever dos Estados-partes a adoção de disposições de direito interno compatíveis com as normas contidas no referido Tratado. Conforme dispõe essa normativa, “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º [da CADH] ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de

outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

h) Reforça a integração jurídica latino-americana: O instituto da audiência de custódia é, atualmente, parte do ordenamento jurídico de diversos países da América Latina – a exemplo do Peru, México, Argentina, Chile e Equador.⁶

b) O que deve ser entendido pela expressão “sem demora” e a quem a pessoa presa, detida ou retida deve ser apresentada.

Inicialmente, impende destacar que, a interpretação da expressão “sem demora”, prevista no artigo 7, item 5, do Pacto de São José da Costa Rica, não goza de consenso nem mesmo entre os juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista a pluralidade de definições constantes dos diversos precedentes da Corte.

Diante disso, considerando a imprecisão do dispositivo Convencional e visando minimizar os efeitos da divergência, a jurisprudência da Corte vem assentando entendimento no sentido de analisar a definição da expressão à luz do caso concreto posto.

A par disso, com o fito de respaldar a tese de que o preso deverá ser apresentado ao juiz no prazo de 24 horas após a sua prisão, os defensores da audiência de custódia vêm disseminando no meio acadêmico que: a Corte Interamericana de Direito Humanos, quando do julgamento do Caso López Álvares vs. Honduras, decidiu que o Estado demandado não violou a CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos- quando o preso foi apresentado no dia seguinte à sua prisão à autoridade judicial.⁷

⁶AUDIÊNCIA PÚBLICA. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>> Acesso em: 30 de out. 2015.

⁷PAIVA, Caio, op. cit. p. 43-46.

Diante disso, justificam que, com arrimo na jurisprudência da Corte –baseada em um único julgado, tem-se que a expressão “sem demora” não é violada quando a pessoa presa, detida ou retida é apresentada à autoridade judicial no prazo de um dia após a prisão.

Em arremate, importante trazer à baila a abordagem do professor Caio Paiva:

“Finalmente, considerando que o CPP brasileiro já prevê o prazo de vinte e quatro horas para que seja encaminhado o auto de prisão em flagrante ao juiz competente (art. 306, §1º), me parece razoável adotar o mesmo lapso temporal para a apresentação do preso à autoridade judicial. Este foi, aliás, o critério acolhido pelo PLS 554/2011, que será analisado mais à frente. Obviamente que haverá casos em que, por alguma razão (devidamente justificada e comprovada), tal regra será excepcionada, cenário que exigirá da doutrina e da jurisprudência um cuidado especial para que a exceção não se torne a regra e, ainda, para que, mesmo nos casos excepcionais, não seja superado o limite de no máximo três a quatro dias após a prisão. Importante ressaltar aqui, porém, que não sendo realizada a apresentação do preso ao juiz no prazo de vinte e quatro horas (regra), o juízo de legalidade/necessidade da prisão não poderá ser adiado, devendo a autoridade judicial decidir conforme o art. 310 do CPP e, posteriormente, ratificar ou alterar tal decisão quando da realização da audiência de custódia”⁸

Consoante disposto no Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal:

⁸Ibidem. p. 46.

(...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

(...) (grifo nosso)

Interpretando o dispositivo supra, o emérito processualista penal e um dos grandes defensores da audiência de custódia, o professor e advogado Gustavo Badaró dispõe:

“Do ponto de vista subjetivo, isto é, quem será a autoridade que deverá exercer o controle da prisão, o art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que o preso deve ser apresentado a “um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. A expressão juiz não demanda maiores esclarecimentos. Trata-se de autoridade judiciária, em relação a qual se exige os atributos do art. 8, quais sejam, independência, imparcialidade e competência estabelecida por lei. Já a expressão “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” é mais problemática. De qualquer forma, no caso em análise, a questão não demanda maiores divagações, na medida em que a Constituição Brasileira prevê que a comunicação seja feita ao “juiz competente” (art. 5º, caput, LXII) e que a prisão ilegal será relaxada pela “autoridade judiciária” (art. 5º, caput, LXV). De qualquer forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não tem admitido

que esse controle da legalidade da prisão seja realizado por membros do Ministério Público”⁹.

No mesmo diapasão, interpretando o preconizado no dispositivo Convencional, leciona Caio Paiva:

“Se a apresentação do preso cumpre finalidade relacionadas à prevenção da tortura e de repressão das prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade e, sobretudo, poder para fazer cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade. Justamente por esta razão é que a Corte Interamericana interpreta o art. 7.5 da CADH em conjunto com o art. 8.1 da mesma Convenção, que assegura o direito de toda pessoa de “ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal Competente, independente e imparcial (...)”. Desta forma, se a apresentação do preso ao juiz cumpre a finalidade precípua de promover um controle imediato da prisão, a autoridade que deve presidir audiências de custódia no Brasil somente pode ser o magistrado, sob pena de se esvaziar ou reduzir em demasia a potencialidade normativa da garantia prevista no art. 7.5 da CADH”¹⁰.

Malgrado a redação do dispositivo autorizar a apresentação da pessoa presa, detida ou retida a outra autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais, os estudiosos que comungam a implementação da audiência de custódia – conferindo uma interpretação distorcida da CADH à luz do ordenamento interno, asseveram que não há a possibilidade de se conferir aos delegados, membros

⁹BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *op. cit.* p.9-10.

¹⁰PAIVA, Caio, *op. cit.*, p. 47.

do Ministério Público ou da Defensoria Pública a atribuição para presidirem audiências de custódia.

Quanto à restrição aos membros do Ministério Público, com fulcro nos precedentes da Corte Interamericana, alega-se que, no processo penal, além de *custos legis* – função inerente à instituição, a principal função do Ministério Público é a de órgão acusador, ou seja, parte, razão pela qual, a necessária imparcialidade para analisar a legalidade da prisão e a necessidade da decretação da custódia cautelar restaria afastada.

Quanto aos membros da Defensoria Pública, considerando que estes não gozam de poderes para relaxar/revogar prisões, tampouco para fazer cessar atos de maus tratos ou tortura perpetrados contra o conduzido, não podem presidir as audiências de custódia.¹¹

Por fim, quanto aos Delegado de Polícia, com o fito de evitar interpretações distorcidas, trar-se-á breve passagem da obra do multicitado Caio Paiva:

Confiar a tutela do direito à integridade física e psíquica dos presos à autoridade policial quando, conforme já vimos, uma das principais finalidades da audiência de custódia é atuar na prevenção da tortura policial, despreza por completo a “essência” da apresentação em juízo. Não se trata de estabelecer uma presunção de abuso policial, mas sim de compreender que a audiência de custódia surge num contexto de controle judicial da prisão, que deve – necessariamente - ser exercido por uma autoridade com poderes para (a) relaxar a prisão ilegal ou arbitrária, (b) conceder liberdade provisória em se tratando de prisão desnecessária, (c) converter a prisão preventiva em domiciliar se presentes os seus requisitos e, principalmente, (d) para fazer cessar eventual maus tratos ou tortura praticados contra o preso conduzido.¹²

¹¹PAIVA, Caio, *op. cit.*, p. 53.

¹²Ibidem. p. 51-52.

Reforçando o argumento no sentido de que o Delegado de Polícia, no ordenamento jurídico interno, não goza dos atributos dos quais faz menção o artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, está o magistério do professor André Nicollit, já citado no presente trabalho, que juntamente com os Delegados de Polícia Bruno Cleuder de Melo e Gustavo Rodrigues, publicou artigo criticando o voto do e. Des. Guilherme de Souza Nucci:

“É preciso entender que a garantia da audiência de custódia situa-se nos tratados como mecanismo que visa assegurar o direito de liberdade. A ideia reside exatamente em levar o preso a presença de autoridade capaz de restabelecer o direito de liberdade. Com efeito, a apresentação sem demora possibilita ao juiz verificar não apenas a legalidade da prisão, como também sua necessidade, garantindo também o exercício do contraditório, o que o CPP, na dicção dos art. 306 e 310 não asseguram. Note-se que, a autoridade prevista em lei deve ter o poder de restabelecer a liberdade. O delegado de polícia não possui em nosso sistema tal poder. O máximo que pode é conceder a fiança nos crimes cuja pena seja de até 04 anos. Nos demais casos (leia-se: nos crimes cuja pena seja superior a 04 anos; e até mesmo nos de pena até 04 anos, quando o agente não prestar a fiança arbitrada pelo delegado), mesmo entendendo desnecessária a custódia (por entender ausentes os requisitos da prisão preventiva), encaminhará o ser humano para o cárcere e aguardará a decisão do juiz. Bom seria que o delegado tivesse este poder, vez que quanto mais agentes públicos pudessem tutelar a liberdade melhor. Mas no quadro atual, o delegado não tem poder de tutelar a liberdade para além das hipóteses de crimes punidos com pena de até 04 anos (e até mesmo nesses,

quando o agente não prestar a fiança arbitrada). Na verdade, antes do ato jurídico do delegado que lavra o flagrante não temos verdadeiramente prisão, temos apenas captura. A custódia só existe a partir da lavratura do APF. Neste sentido, a exigência é de que o custodiado seja apresentado e não o capturado. Até porque não é da tradição “prender” (capturar) e não levar ao delegado para tornar jurídico o ato. Do contrário o que haveria era sequestro, desaparecimento forçado, etc. Assim, não há dúvidas de que o Delegado de Polícia nos termos da atual legislação não atende aos fins colimados nos tratados quando exigem a audiência de custódia. O que o acórdão pretende é dar uma interpretação que cria um garantidor para inglês ver, pois o preso é apresentado para alguém que não tem o pleno poder de soltar. Portanto, analisando de forma crítica a proposição delineada pelo Des. Nucci, de que na atual conjectura legal do processo penal brasileiro teria a atribuição de garantia irrestrita de liberdade, ter-se-ia, na esteira da clássica definição do filósofo alemão Jünger Habermas uma contradição performativa, eis que a própria proposição não se coaduna com os pressupostos pragmáticos do ato de fala que a incorpora. Neste sentido, em termos mais claros, de nada adianta atribuir ao Delegado de Polícia função de garantia que não pode cumprir por ausência de disposição legal, ou, ainda, no mais simples jargão popular, “dar com uma mão e tomar com outra”, eis que a Autoridade responsável pela tutela da liberdade não poderá concedê-la”¹³.

¹³PNICOLITT, André; MELO, Bruno Cleuder. RODRIGUES, Gustavo. Análise Crítica do Voto do Des. Guilherme de Souza Nucci – TJSP: O Delegado de Polícia não faz audiência de custódia. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/analise-critica-do-voto-do-des-guilherme-de-souza-nucci-tjsp-o-delegado-de-policia-nao-faz-audiencia-de-custodia-por-andre-nicolitt-bruno-cleuder-de-melo-e-gustavo-rodrigues-ribeiro/> Acesso em: 18 de out. 2015.

3. Observações críticas:

Ao argumento de ineficiência do poder legislativo federal, ante a sua morosidade em regulamentar o artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos e, ao arrepio dos ditames constitucionais, principalmente desprezando o princípio da reserva legal, tão caro ao direito penal e processual penal, o poder judiciário, impulsionado pelo poder executivo e pelo Conselho Nacional de Justiça, vem implementando a audiência de custódia – ato processual penal - por via de ato administrativo, sendo certo que, em cada Estado estar-se a conferir tratamento diverso a matéria, de modo a estabelecer um tratamento desigual entre os presos.

a) Competência: do vício formal de inconstitucionalidade do ato administrativo.

Na esteira do magistério do professor Marcelo Novelino, a competência legislativa consiste na:

“Capacidade jurídica de agir atribuída aos entes estatais, seja para editar normas primárias capazes de inovar o ordenamento jurídico (competências legislativas), seja para executar atividades de conteúdo individual e concreto, previstas na lei, voltadas à satisfação do interesse público (competências administrativas).¹⁴

A Constituição de 1988 atribui à União competências legislativas exclusivas (aquela atribuída a apenas a um determinado ente da federação e que se caracteriza por ser indelegável e não admitir competência suplementar), privativas (diversamente da exclusiva, pode ser objeto de delegação), concorrentes (aquela que pode ser exercida simultaneamente por mais de um ente federativo) e para

¹⁴NOVELINO, Marcelo. op. cit. p. 888.

estabelecer diretrizes gerais (atribuída à União para estabelecer leis de diretrizes gerais).¹⁵

Dispõe o artigo 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil que:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
(...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.¹⁶(Grifos nossos)

Com base nas exposições supratranscritas, concluímos que: compete à União, no mister de suas atribuições, legislar sobre matéria de direito penal e processual penal, sendo ressalvado no parágrafo único do artigo supracitado a hipótese de autorização concedida pelo legislativo federal, sendo certo que, se houver a sobredita autorização, esta deverá se referir a questões específicas dentro de uma matéria, sendo vedada a delegação integral de toda uma matéria de competência privativa da União.

Isto posto, analisando os atos administrativos – status infra legal-editados pelo poder judiciário à luz da Constituição da República, resta claro o vício formal de inconstitucionalidade dos mesmos, ante a usurpação do poder de legislar sobre matéria de direito processual conferido à União.

Nesse ínterim, importante destacar que, consoante entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, os tratados in-

¹⁵Mister ressaltar que, parte da doutrina distingue competência privativa de competência exclusiva, pelo fato da primeira poder ser delegada e a outra não. Porém, Constitucionalistas consagrados, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, considera que ambos os termos expressam a mesma ideia, podendo ser utilizados indistintamente.

¹⁶BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

ternacionais que versem sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, possuem *status* supralegal e infraconstitucional – tema abordado no capítulo 1 do presente trabalho científico-. Diante disso, não se tratando de normas constitucionais, não há que se cogitar da aplicação do disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição da República, carecendo, portanto, de regulamentação legal para sua eficácia.

Mesmo se o entendimento fosse no sentido de atribuir status Constitucional e, portanto, conferir eficácia imediata aos tratados internacionais sobre direitos humanos, permaneceria válida a regra disposta no artigo 306 do Código de Processo Penal, uma vez que consoante prevê a Convenção Americana de Direitos Humanos, a pessoa presa, detida ou retida, poderia ser apresentada à outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, ou seja, ao Delegado de Polícia – no que tange a essa autorização conferida pela Convenção, tratar-se-á mais detidamente no próximo capítulo -.¹⁷

Para ilustrar, importante trazer à colação a seguinte consideração:

“O Judiciário avoca para si não só a atribuição de julgar, mas também a de criar procedimentos pelos quais pretende atuar. Cria-se, assim, uma verdadeira ditadura da toga, onde todos os demais envolvidos são apenas coadjuvantes, e o Poder Judiciário, sempre que entender necessário, ultrapassa os limites constitucionais de sua atividade”¹⁸.

Nesse diapasão, vale lembrar que, o Supremo Tribunal Fede-

¹⁷MZIMMAR, Rafael Barone; MONTEIRO, André Vinicius. *A Audiência De Custódia e a Inconstitucionalidade do Provimento Conjunto do Tribunal De Justiça De São Paulo*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/outros-autores/processo-penal/a-audiencia-de-custodia-e-a-inconstitucionalidade-do-provimento-conjunto-do-tribunal-de-justica-de-sao-paulo>>. Acesso em 17 out. 2015.

¹⁸Ibidem.

ral, quando do julgamento do Habeas Corpus n° 90.900¹⁹, declarou inconstitucional a Lei n° 11.819/05 do Estado de São Paulo, considerando que o referido diploma fere o artigo 22, inciso I, da Constituição da República. O diploma normativo paulista visava, apenas, disciplinar a realização da audiência por videoconferência, sem que ensejasse qualquer alteração procedimental. Porém, o Excelso Pretório entendeu tratar-se de norma processual e, portanto, de reserva legislativa exclusiva da União.

Em suma, conclui-se que, os defensores da implementação da audiência de custódia por via de ato administrativo, pretendem, tão somente, antecipar a vigência e a eficácia do PLS 554/2011, o qual tem trâmite regular no Congresso Nacional, seguindo os ditames formais acerca do processo legislativo.²⁰

b) Cotrasenso jurídico: a interpretação progressista.

O insigne jurista Lênio Luiz Streck, em artigo intitulado “Desde 1992, a falta da Audiência de Custódia pode anular condenações? ”, publicado no mês de julho do corrente ano na sua coluna semanal da revista eletrônica Consultor Jurídico, dentre outras críticas ao modelo de audiência que se pretende implantar, criticou o poder normativo avocado pelo Poder Judiciário:

“Esse poder normativo criativo da administração do judiciário está sendo relativamente bem recebido neste caso porque a causa é progressista, tem objetivo de

¹⁹*Habeas corpus*. Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei n° 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. 1. A Lei n° 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. 2. Habeas corpus concedido.(HC 90900, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00747).

²⁰*Ibidem*.

prender menos gente, esvaziar cadeias, economizar dinheiro etc. Isso sempre cai bem aos ouvidos. Mas esse é o ônus da coerência. E aqui assumo esse ônus, para perguntar: e quando a causa não for tão “positiva” ou “progressista” assim, estaremos dispostos a aceitar que administradores do Judiciário ditem regras de processo a pretexto de controle de convencionalidade?”²¹.

Nesta esteira, necessário lembrar que, os mesmos doutrinadores/processualistas que defendem a implementação da audiência por via de ato administrativo, alegando que não há inconstitucionalidade em tal provimento, são os mesmos que censuram e criticam a regulamentação do poder investigatório do Ministério Público por via de ato administrativo do Conselho Nacional do Ministério Público. Isto posto e, considerando as exposições constantes do tópico 2.3.1 deste trabalho, chega-se a inafastável conclusão de que ambos os atos estão maculados por vício de inconstitucionalidade.

Para ilustrar, veja-se breve exposição do Ilmo. Magistrado e defensor da Audiência de Custódia, André Luiz Nicolitt, constante da sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº 0162548-04.2013.8.19.0004, no bojo da qual reconheceu a inconstitucionalidade da investigação preliminar levada a cabo pelo Ministério Público:

(...) O Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Resolução 13/2006, que regulamenta a investigação direta pelo Ministério Público. A leitura da resolução permite concluir que o CNMP verdadeiramente extrapolou suas atribuições, já que o texto disciplina um inquérito policial no âmbito do Ministério Público, fixando prazos e, inclusive, dispondo que a conclusão

²¹STRECK, Lenio Luiz. *Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>> Acesso em: 18 de out. 2015.

do procedimento será em 90 dias, permitindo-se prorrogações sucessivas por decisão do próprio membro do MP que conduz a investigação. Note-se que tal disciplina é completamente diversa daquela citada pelo Código de Processo Penal, de forma que o CNMP não se limitou a regulamentar o art. 8.º da LC 75/1993, nem o art. 26 da Lei 8.625/1993 e, sim, legislou sobre processo, o que é de competência exclusiva do Congresso Nacional, sendo, portanto, inconstitucional a referida resolução. (...) ²² (grifo nosso)

Fortalecendo o coro da doutrina minoritária – no sentido de se contrapor ao modelo de audiência de custódia criado por via de ato administrativo, está o magistério de Rafael Barone Zimmar e André Vinicius Monteiro:

Mais uma vez, ilógica é a atuação de certos processualistas, tão afeitos à garantia dos direitos individuais, aplaudir tal medida. Afinal, hoje, é audiência de custódia. Amanhã, alteradas a cúpula do Judiciário e do Executivo, pode-se obter Resoluções contra os interesses dos presos. Ora, se a primeira aufere legalidade, outras também podem adquirir. Isso tudo sem levar em consideração que o Direito Processual Penal é nacional e não estadual. Aliás, o STF considerou inconstitucional a lei estadual disciplinando a videoconferência (...). ²³

Diante disso, com vistas a deixar ainda mais claro o discurso incoerente de alguns processualistas, assevera o professor Lenio Streck, em artigo já citado neste tópico:

²²EMPÓRIO DO DIREITO. *Ministério Público não pode investigar e Juiz André Nicollit (TJRJ) rejeita denúncia*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/ministerio-publico-nao-pode-investigar-e-juiz-andre-nicollit-tjrj-rejeita-denuncia/>>. Acesso em: 18 de out. 2015.

²³ZIMMAR, Rafael Barone; MONTEIRO, André Vinicius. op. cit.

Numa palavra: não é porque a causa é simpática que devemos nos render ao protagonismo judicial, deixando de lado alguns requisitos institucionais e constitucionais. Ao mesmo tempo em que reclamamos quando o judiciário aplica uma pena de 15 anos e, ao mesmo tempo, concede prisão domiciliar (esses critérios advêm do amplo e indevido poder discricionário do qual, erroneamente, a dogmática não reclama), temos que nos dar conta de que temos de respeitar as regras do jogo... sempre. E não abrir mão delas, mesmo nas ocasiões em que isso nos soe confortável e virtuoso.²⁴

c) O sofisma que envolve o argumento do combate à superlotação carcerária.

É de sabença corrente a caótica situação do sistema carcerário brasileiro, tendo sido este, inclusive, objeto de recente Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 347, a qual já citamos no presente trabalho.

Conforme dados divulgados no corrente ano pelo Conselho Nacional de Justiça, o Brasil é o terceiro país no mundo em taxa de encarceramento, totalizando 711.463 pessoas presas, sendo 41% desse montante referente a pessoas presas provisoriamente.

Há de concordar que, em primeiro plano, as estatísticas são assustadoras, porém, se tomarmos por base que o Brasil é o quinto país mais populoso do mundo, e que possui onze das trinta cidades mais violentas do planeta, chegamos a conclusão de que não podemos atribuir, exclusivamente, à causa da superlotação carcerária às prisões ilegais e desnecessárias, sem considerarmos outros importantes aspectos.

Somando-se a isso, tem-se a omissão do governo no que tange a manutenção das penitenciárias, para que se possa oferecer à pessoa

²⁴STRECK, Lênio Luiz. op. cit. loc. cit.

presa uma vida condigna, e a construção de novos presídios, para suportar a demanda nacional.

Ademais, outro ponto que merece especial apoio das entidades governamentais diz respeito a reinserção dos egressos do sistema prisional na sociedade, sendo certo que, muitos deles, por falta de oportunidades e apoio, voltam a delinquir.

Considerando as exposições supra, depreende-se que a audiência de custódia não pode funcionar como um remédio para todos os males, uma vez que a sua implantação não terá o condão de suprir as omissões do governo, que deveria envidar esforços para solucionar os problemas existentes, se abstendo de fomentar práticas para “tapar o sol com uma peneira”.

d) Da presunção absoluta de ilegalidade dos atos praticados pelas policiais e suas autoridades.

Conforme salientado no capítulo antecedente, uma das finalidades da audiência de custódia é a de prevenir a prática de atos de tortura e maus tratos contra a pessoa presa, de modo a deixar clara a presunção – absoluta – de que a maioria dos componentes das carreiras policiais praticam atos de tortura contra a pessoa presa.

Considerando essa premissa, conclui-se, por dedução lógica e irrefutável, que os membros do Ministério Público, que são responsáveis pelo controle externo da atividade policial, da Defensoria Pública e dos competentes órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil, não cumprem o seu múnus de coibir e denunciar as supostas práticas contrárias aos ditames Constitucionais, especialmente no que atine à prática da tortura.²⁵

Neste tema, outra crítica que se faz pertinente diz respeito a capacidade técnica do magistrado para diagnosticar atos de tortura

²⁵ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE GOIÁS. *Manifestação dos magistrados do Estado de Goiás sobre o projeto Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://esmeg.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias-sobre-o-projeto-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 31 out. 2015.

sofridos pela pessoa levada à sua presença.

Ora, por razões óbvias dessume-se que o juiz não tem nenhuma aptidão técnica para realizar exame clínico na pessoa conduzida, de modo que a legislação pátria reservou tal incumbência ao perito médico legal, que também é um servidor público integrante dos quadros da polícia civil e detem a capacidade técnica para realizar o referido exame clínico, devendo, ao final, elaborar um laudo de exame de corpo de delito, que será apresentado ao juiz. Após analisar as informações contidas nesse documento, o magistrado poderá aferir o estado físico e mental da pessoa detida. Assevere-se que o referido laudo integrará os autos do processo criminal, podendo ser contraditado a qualquer tempo.

Desta forma, ocorrendo a ínfima suspeita de fraude na elaboração do laudo, omissão da autoridade policial ou qualquer outra ilegalidade que possa gerar dúvida quanto à higidez física e mental da pessoa presa, deve o Ministério Público, a Defensoria Pública ou o órgão competente da OAB tomar as devidas medidas para sanar a sobredita ilegalidade.

Pelo exposto, resta claro que a atual legislação cumpre o seu papel no que tange aos meios de repressão da tortura e aos maus tratos, sendo certo que o argumento falacioso que envolve o tema em comento, nada mais representa do que um retrocesso às garantias constitucionais.

e) Da violação ao princípio do juiz natural.

Quanto aos ensinamentos relativos ao princípio do juiz natural, colaciona-se o magistério do professor Aury Lopes Júnior, também defensor da audiência de custódia:

“O princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência. Como explicamos anteriormente, na

esteira de MARCON, o Princípio do Juiz Natural é um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito. Consiste no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal. O nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo. Não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa definição posterior afetaria, também, a garantia da imparcialidade do julgador, como visto anteriormente. Importa afastar a criação de tribunais de exceção (post factum) e extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado). Na clara definição de COUTINHO, trata-se de definir qual é o “meu juiz”, pois todos passam a ser julgados pelo “seu juiz”, cuja competência é previamente estabelecida por uma lei vigente antes da prática do crime. A consagração Constitucional vem dada pelo texto do art. 5º, LIII, da Constituição²⁶⁷.

Apesar do princípio do juiz natural ser tão caro ao processo penal, conforme se depreende dos ensinamentos supratranscritos, os defensores da audiência de custódia comungam uma relativização do referido princípio, para viabilizar a escolha discricionária de magistrado para presidirem as audiências de custódia e eventualmente se candidatar às vagas nas varas de custódia:

“Em relação à chamada audiência de apresentação ou audiência de custódia, a aplicação do princípio do juiz natural deve receber a devida adequação, haja vista que

²⁶⁷JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 474.

a autoridade judiciária encarregada de presidir o ato, nem sempre será a mesma que posteriormente julgará o processo. Não obstante isso, parece ser indispensável que as regras que regem a forma de escolha dos magistrados encarregados de realizar essas audiências sejam regidas segundo a Lei de Organização Judiciária de cada tribunal, nos termos do art.125 da Constituição Federal²⁷.

f) A dinâmica procedimental e a utilização das provas colhidas em sede de audiência de custódia na instrução criminal.

Caio Paiva ensina que:

“A primeira e mais elementar lição sobre a dinâmica procedimental da realização da audiência de custódia é a de que o ato não deve servir como uma antecipação do interrogatório ou da instrução processual. A atividade jurisdicional praticada na audiência de custódia, com a participação do Ministério Público e da Defesa, deve se limitar a circunstâncias objetivas da prisão e subjetivas sobre o cidadão conduzido²⁸”.

Os processualistas defensores da audiência de custódia orientam que o iter procedimental do ato deverá observar a seguinte ordem:

Inicialmente, deve o Magistrado averiguar a legalidade do ato prisional, ou seja, analisar se foram observados os requisitos dispostos nos artigos 302 e 303, ambos do Código de Processo Penal. Se a prisão for considerada ilegal, deve o magistrado relaxá-la imediatamente, momento em que o Ministério Público poderá requerer a

²⁷OLIVEIRA, Gisele Souza de; JÚNIOR, Samuel Meira Brasil; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian, op. cit., p. 24.

²⁸OLIVEIRA, Gisele Souza de; JÚNIOR, Samuel Meira Brasil; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian, op. cit., p.89-90.

decretação da prisão preventiva ou a aplicação de alguma cautelar substitutiva à prisão.

Tratando-se de flagrante legal e remanescendo a necessidade de manter a segregação do conduzido, haja vista ser inviável a aplicação de cautelares diversas da prisão, o Ministério Público poderá requerer a decretação da prisão preventiva ou ratificar os fundamentos exarados pelo Delegado de Polícia em sede de representação.

Ato contínuo, a Defesa deverá se manifestar a respeito do requerimento ministerial, se houver, sendo vedado ao juiz decretar a prisão *ex officio*, ante a ausência de processo.

Por fim, devidamente cumpridas as demais formalidades, deverá o juiz, em decisão fundamentada, aplicar medidas cautelares diversas da prisão ou, não sendo possível a aplicação destas, em caráter excepcional, decretar a custódia cautelar do conduzido.²⁹

Asseveram os autores que, a ausência do Ministério Público não implicará adiamento do ato, devendo esta ser considerada uma renúncia ao direito de se manifestar sobre o pleito defensivo, ensejando, portanto, a concordância tácita com os argumentos lançados pela Defesa.³⁰

Saliente-se que, os responsáveis pela prisão não poderão participar do ato, ressalvando-se somente a presença da vítima, se houver, que poderá tecer algumas observações sobre o fato, porém, sem adentrar o mérito.

Outra consistente crítica da lavra do jurista Lenio Streck diz respeito à utilização dos elementos de convicção extraídos do ato processual, como por exemplo, o depoimento do conduzido. Neste sentido, assevera o professor:

Alguns preconizam que esse depoimento não seja valorado como prova, ou que o juiz que o colheu fique impedido de julgar (problema: em uma análise econô-

²⁹LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Processo Penal no Limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 24.

³⁰PAIVA, Caio, op. cit., p. 90.

mica — que não é minha, é claro — isso gerará mais despesas...). Ok, mas como e por que, no sistema que temos? Seria incompreensível a não valoração. Vejamos: Primeiro, se nem o juiz que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP), não é possível que se crie administrativamente um impedimento para o juiz que fez essa audiência, que, no mínimo, nada teria de ilegal. Senão, imaginem o paradoxo: o juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura vai poder julgar o processo, mas o juiz que ouviu o réu em audiência, na presença de defensor, fica impedido. Segundo, não há fundamento para declarar essa prova inadmissível. Se entendermos que o ato é realizado por imposição convencional (ou seja, com fundamento jurídico), a prova não tem nenhum vício processual. Qualquer provimento administrativo que diga o contrário é inconstitucional na medida em que, quando menos, interfere em questão jurisdicional, de interpretação da lei processual.³¹

Alguns Tribunais, ouvindo o clamor dos processualistas defensores da audiência de custódia, estão vedando, no bojo dos atos que regulamentam a audiência de custódia, a juntada do procedimento no qual será assentada a dinâmica da audiência, bem como a inquirição do acusado e a manifestação do Ministério Público e da Defesa, sob o argumento de que a juntada do procedimento poderia contaminar a instrução probatória e, conseqüentemente, a convicção do julgador.

Ora, consoante já apregoadado neste trabalho, a audiência de custódia será realizada na presença do Magistrado, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de um advogado devidamente

³¹STRECK, Lênio Luiz. op. cit. loc. cit.

constituído, devendo ser observado todos os princípios constitucionais atinentes ao processo penal, em especial os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Isto posto, como bem salientado pelo supracitado jurista, não há motivo idôneo a justificar a não juntada das provas colhidas no bojo da audiência de custódia aos autos da instrução criminal.

Por fim, outra contundente crítica digna de nota diz respeito à vedação à análise das circunstâncias do fato – conduta supostamente ilícita praticada pelo agente-, sem adentrar o mérito³².

Ora, como o magistrado poderá analisar as circunstâncias da prisão sem adentrar o mérito, mesmo que em sede de cognição sumária? Esta é uma pergunta que até então os especialistas não se dignaram a responder.

4. Tomada de posição: as funções da autoridade policial à luz do pacto de são José da Costa Rica.

a) O delegado de polícia na sistemática processual penal brasileira.

Após sucinta análise dos principais manuais de direito processual penal brasileiro, constatou-se que, inobstante a considerável importância histórica do delegado de polícia no nosso ordenamento jurídico, tem-se deixado de lado o estudo a respeito da posição e das funções que esta autoridade desempenha no nosso sistema. Por esse motivo, não raras vezes, difundem-se conclusões e concepções equivocadas a respeito desta matéria.

Diante dessa perspectiva, com o fito de mitigar tal carência, tenta-se buscar, no direito comparado, soluções e definições que não se amoldam ao papel desempenhado pelo Delegado de Polícia no

³²Na esteira do magistério do professor Eugênio Pacelli, por mérito na ação penal condenatória entende-se: a) a existência de um fato (materialidade); b) se este fato imputável ao acusado (autoria); c) constituir este fato uma ação típica, ilícita e culpável; e d) não se encontrar extinta a punibilidade.

ordenamento interno.

“A falta de conhecimento acerca dos diferentes sistemas de investigação preliminar vigentes no mundo, bem como do papel desempenhado pela Polícia Judiciária em cada um desses distintos modelos, faz com que, naturalmente, o delegado de polícia seja simplesmente visto como o dirigente de uma unidade policial, um equivalente ao “xerife” norte-americano, ou aos comissários e inspetores de polícia judiciária de alguns países europeus, a exemplo da Itália”³³.

Hodiernamente existem três sistemas de investigação criminal vigentes no mundo moderno, são eles: a) o juizado de instrução, no qual a presidência da investigação é exercida por um magistrado, que se utiliza da polícia judiciária como mero órgão auxiliar, sendo os seus membros diretamente subordinados ao juiz-investigador; b) o inquérito ministerial, sistema adotado pelos Estados Unidos e pela maioria dos países europeus, no qual o Ministério Público, além de órgão acusador, é o titular da investigação criminal, utilizando-se também, como no modelo retrocitado, da polícia judiciária para alcançar os seus objetivos, estando essa igualmente subordinada ao *Parquet*; e c) o inquérito policial, que melhor se amolda ao ordenamento jurídico pátrio, tendo a sua gênese no sistema inglês, no qual a autoridade policial atua de forma imparcial e independente, pois não está subordinada aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, como nos demais sistemas.

Saliente-se que, com as sobreditas considerações busca-se somente realizar uma análise panorâmica dos sistemas de investigação criminal existentes mundo à fora, sem que haja nenhuma pre-

³³PARAZZOI, Franco. *O Delegado De Polícia No Sistema Jurídico Brasileiro: Das Origens Inquisitoriais Ao Garantismo Penal De Ferrajoli*. Disponível em: <<http://www.delegados.com.br/images/stories/delegados.com.br-FRANCOPERAZZONI.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

tensão de esgotar a abordagem sobre o tema.

Pelo exposto, constata-se que, na sistemática processual penal brasileira, a autoridade policial exerce funções que, em outros países, são exercidas por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Nesse ínterim, importante trazer à lume partes de um importante parecer do memorável professor Hélio Tornaghi a respeito do conceito de autoridade policial:

“O conceito de autoridade está diretamente ligado ao poder de Estado. Os juristas alemães, que mais profundamente do que quaisquer outros estudaram o assunto, consideram autoridade (Behörde) todo aquele que, com fundamento em lei (auf gesetzlicher Grundlage), é parte integrante da estrutura do Estado (in das Gefüge der Verfassung des Staates als Bestandteil eingegliederte) e órgão do poder público (Organ der Staatsgewalt), instituído especialmente para alcançar os fins do Estado (zur Herbeiführung der Zwecke des Staates), agindo por iniciativa própria, mercê de ordens e normas expedidas segundo sua discricção (nachPflichtgemässen Ermessen).

Dáí se vê que a Autoridade:

- a) é órgão do estado;
- b) exerce o poder público;
- c) age motu próprio;
- d) guia-se por sua prudência, dentro dos limites da Lei;
- e) pode ordenar e traçar normas;
- f) em sua atividade não visa apenas aos meios, mas fins do Estado.

São ainda os publicistas alemães que proclamam: a autoridade é o titular e portador (Behörde ist der Träger) dos direitos e deveres do Estado (staatlicher Reche und

Pflichten). Não tem personalidade (Sie besitzt Keine Rechtspersönlichkeit) mas faz parte da pessoa jurídica Estado.

(...)

Existe entre os servidores do Estado, que diz respeito ao poder público, uma escala que pode ser assim reduzida à expressão mais simples.

– **servidores que exercem o nome próprio o poder de Estado. Tomam decisões, impõem regras, dão ordens, restringem bens jurídicos e direitos individuais, tudo dentro dos limites traçados por lei. São as autoridades;**

– servidores que não têm autoridade para praticar esses atos por iniciativa própria, mas que agem (agentes) a mando da autoridade. São os agentes da autoridade.

– servidores que se restringem á prática de atos administrativos e não exercem o poder público; não praticam atos de autoridade, nem por iniciativa própria, nem como meros executores que agem a mando da autoridade. Não são autoridades nem agentes da autoridade.

Exemplos dos primeiros: juízes, delegados de polícia.

Exemplos dos segundos: oficiais de justiça, membros da força Pública.

Exemplos dos últimos: oficiais judiciários, oficiais administrativos.³⁴ **(grifos nossos)**

O vigente Código de Processo Penal, quando da sua elaboração, em 1941, recebeu influências de diversos sistemas processuais penais, dentre eles: o sistema inglês, italiano e alemão. Entretanto, faz-se mister destacar que, inobstante toda a influência recebida, o sistema processual penal pátrio, em alguns pontos, ostenta caracte-

³⁴TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, vol. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p.240-247.

rísticas *sui generis*, fator que inviabiliza qualquer interpretação da nossa legislação à luz da legislação alienígena, devendo-se o intérprete buscar outros caminhos para correta interpretação da norma.

No âmbito do direito processual penal interno, a autoridade policial desempenha, de forma atípica, funções – atribuídas pela lei- que competem aos membros do poder judiciário e do Ministério Público. Porém, é sempre bom lembrar que tais funções são exercidas pela autoridade policial de forma independente e imparcial, ressalvada a possibilidade de controle de legalidade do poder judiciário, o que não tem o condão de afastar a autonomia funcional do delegado de polícia.

Desta forma, a autoridade policial quando: lavra o auto de prisão em flagrante, restringindo a liberdade ambulatorial do conduzido; concede fiança nos casos permitidos pela legislação; apreende objetos conexos à infração penal; dentre outras atribuições, nada mais exerce do que funções tipicamente judiciais.

Com advento da Lei 12.830/13, que trata da investigação criminal realizada pelo delegado de polícia, a celeuma doutrinária que versava sobre a natureza jurídica das funções exercidas pela autoridade policial perdeu força. Antes da novel legislação, parte da doutrina defendia que a natureza das funções desempenhadas pela autoridade policial não poderia ser classificada como jurídica, pois os delegados de polícia somente exerciam funções materiais de segurança pública, nos moldes do artigo 144 da Constituição da República.³⁵

Para ilustrar, cabe trazer à colação o disposto no artigo 2º, caput, do novel diploma: redação: “*As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado*”³⁶.

³⁵LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª Ed. Salvador: Juspodvim, 2014. p. 175.

³⁶BRASIL. *Lei n° 12.830/13 de 20 de junho de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

“Ora, se levarmos em consideração que o cargo de Delegado de Polícia é privativo de bacharel em Direito (Lei 12.830/12, artigo 3º) e que o exercício de suas funções guarda relação direta com a aplicação concreta de normas jurídicas aos fatos que lhe são apresentados, como ocorre, por exemplo, com a lavratura do auto de prisão em flagrante, indiciamento, representação por decretação de medidas cautelares, é no mínimo estranho admitir que o exercício de tais funções não tenha natureza jurídica. Daí a importância do art. 2º, *caput*, da Lei 12.830/13, que deixa evidente que as funções de polícia e a apuração das infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são judiciais.³⁷

Pelo exposto, depreende-se que, desde há muito, ao Delegado de Polícia incumbe, tipicamente, o exercício de funções de polícia judiciária, mormente à apuração dos ilícitos penais através do inquérito policial e, atipicamente, o exercício de funções judiciais.

b) O controle de legalidade da prisão em flagrante no ordenamento jurídico pátrio.

Consoante dispõe o artigo 304 do Código de Processo Penal, após a prisão em flagrante, que poderá ser levado a cabo por qualquer do povo – artigo 301 do CPP, a pessoa presa será conduzida à presença da autoridade policial competente, que, após o cumprimento das formalidades legais, deverá analisar os motivos ensejadores da prisão, dentre eles: a legalidade e as circunstâncias do suposto delito praticado pelo conduzido.

Antes de seguir a exposição, convém destacar que o Delegado de Polícia é cargo privativo de bacharel em direito³⁸. Portanto, tal

³⁷LIMA, Renato Brasileiro, op. cit. p. 175-176.

³⁸BRASIL. *Artigo 3º da Lei 12.830/2013*: O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que re-

autoridade possui o conhecimento técnico suficiente para exercer as funções de análise da legalidade e tipicidade do fato posto.

Nesse diapasão, cumpre trazer à baila as lições do eminente professor Guilherme de Souza Nucci, citando Maurício Henrique Guimarães:

“O Delegado de Polícia pode e deve relaxar a prisão em flagrante, com fulcro no art. 304, § 1.o, interpretado a contrario sensu, correspondente ao primeiro contraste de legalidade obrigatório” quando não estiverem presentes algumas condições somente passíveis de verificação ao final da formalização do auto, como, por exemplo, o convencimento, pela prova testemunhal colhida, de que o preso não é o autor do delito; ou, ainda, quando chega à conclusão de que o fato é atípico”³⁹.

Na mesma linha, segue o autor:

“Acrescentamos, ainda, o importante aspecto relativo à constatação da tipicidade, que inspira a autoridade policial a lavrar o auto de prisão em flagrante. Prevalece, hoje, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de ser admissível o uso do princípio da insignificância, como meio para afastar a tipicidade. Ora, se o delegado é o primeiro juiz do fato típico, sendo bacharel em Direito, concursado, tem perfeita autonomia para deixar de lavrar a prisão em flagrante se constatar a insignificância do fato. Ou, se já deu início à lavratura do auto, pode deixar de recolher ao cárcere o detido. Lavra

cebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

³⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 550.

a ocorrência, enviando ao juiz e ao Ministério Público para a avaliação final, acerca da existência – ou não – da tipicidade⁷⁴⁰.

Caso a autoridade policial vislumbre a verossimilhança dos fatos alegados em desfavor do conduzido, e em não se tratando de prisão manifestamente ilegal, esta deverá recolhê-lo à prisão – artigo 304, §1º do Código de Processo Penal-.

Assevere-se que, se a infração penal supostamente praticada pelo conduzido cominar pena – privativa de liberdade- superior a 4 anos, poderá o delegado de polícia conceder fiança, nos moldes do artigo 322 do Código de Processo Penal, ou dispensá-la, utilizando-se por analogia do artigo 350 do mesmo diploma legal.

Em sendo caso de recolhimento à custódia, a autoridade policial deverá comunicar a prisão ao juiz competente, ao Ministério Público e à família da pessoa presa ou à outra pessoa por ele indicada – artigo 306, *caput*, do CPP -, sob pena de nulidade do ato prisional, devendo o respectivo auto de prisão em flagrante ser encaminhado, no prazo de 24 horas, ao juiz e a Defensoria Pública, caso o preso não nomeie um advogado – artigo 306, §1º, do CPP -.

Como regra, cabe a autoridade policial, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, encaminhar o conduzido para realização de exame clínico e de corpo de delito. A seguir, sendo constatado algum sinal de tortura ou de maus tratos perpetrado por parte dos condutores, deve o delegado apurar a prática da suposta ilegalidade e tomar as medidas cabíveis no seu âmbito de atuação, sob pena de incorrer na prática do crime de prevaricação.

Ademais, com vistas a assegurar os direitos constitucionais do conduzidos após a sua chegada na sede policial, este poderá – para alguns autores deverá - ser acompanhado por um Defensor Público ou outro advogado.

Por fim, todo esse procedimento passará pelo crivo do juiz – em

⁴⁰Ibidem

um sistema de dupla cautelaridade - que, após a oitiva do Ministério Público, poderá homologar os atos praticados pelo delegado de polícia e converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, caso não seja cabível a imposição de medidas cautelares diversas da custódia, ou invalidá-los, relaxando a prisão da pessoa presa e pondo-a imediatamente em liberdade.

Assim, resta claro que o sistema processual penal brasileiro assegura à pessoa presa uma dupla análise da legalidade da prisão, ressaltando, ainda, a possibilidade da proposição de ações autônomas de impugnação, como o *habeas corpus*, tudo isso com o único objetivo de resguardar os direitos constitucionais do conduzido.

c) O delegado de polícia e a exegese do artigo 7.5 convenção americana de direitos humanos (“pacto de são José da costa rica”).

Tomando-se por base as considerações já expostas neste trabalho, especialmente as dispostas nos pontos 1.3 e 1.4, iniciar-se-á uma análise perfunctória do disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”):

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.⁴¹ **(grifo nosso)**

Inicialmente, cabe trazer à colação parte de um documento das Nações Unidas denominado: “Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão-1988”, que estabelece um rol de 39 princípios sobre as pessoas presas, capturadas e detidas, e realiza uma interpretação teleológica do alcance da expressão “ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais.”⁴²:

⁴¹A Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor internacionalmente em 1978, tendo sido ratificada e promulgada pelo Brasil em 1992, através do Decreto 678/92.

⁴²BARBOSA, Ruchester Medeiros. Audiência de Custódia e o Sistema da Dupla Caute-

Para efeitos do Conjunto de Princípios:

- a) “captura” designa o ato de deter um indivíduo por suspeita da prática de infração ou por ato de uma autoridade;
- b) “pessoa detida” designa a pessoa privada de sua liberdade, exceto se o tiver sido em consequência de condenação pelaprática de um delito;
- c) “pessoa presa” designa a pessoa privada da sua liberdade em consequência de condenação pela prática de um delito;
- d) “detenção” designa a condição das pessoas detidas nos termos acima referidos;
- e) “prisão” designa a condição das pessoas presas nos termos acima referidos;
- f) A expressão “autoridade judiciária ou outra autoridade” designa a autoridade judiciária ou outra autoridade estabelecidos nos termos da lei cujo estatuto e mandato ofereçam as mais sólidas garantias de competência, imparcialidade e independência.**

(...)

Princípio 11

1. Ninguém será mantido em detenção sem ter a possibilidade efetiva de ser ouvido prontamente por uma autoridadejudiciária ou outra autoridade. A pessoa detida tem o direito de se defender ou de ser assistida por um advogado nos termosda lei.
2. A pessoa detida e o seu advogado, se houver, deve receber notificação imediata e completa da ordem de detenção, bemcomo dos seus fundamentos.

laridade como Direito Humano Fundamental. Disponível em: <<http://ruchesterbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/173154765/audiencia-de-custodia-e-o-sistema-da-dupla-cautelabilidade-como-direito-humano-fundamental>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

3. A autoridade judiciária ou outra autoridade devem ter poderes para apreciar, se tal for justificável, a manutenção da detenção.⁴³ (grifos nossos).

Analisando o disposto na Convenção Americana da Direitos Humanos em consonância com os princípios supracitados, extrai-se que em nenhum momento se faz alusão à audiência de custódia – que é invenção brasileira, fazendo-se somente referência à apresentação da pessoa presa a um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, restando claro que esta poderá ser levada à presença de outra autoridade, que não o magistrado.

Assim, conforme pode-se claramente observar, a sistemática de proteção dos direitos humanos em âmbito internacional dispõe de uma hermenêutica própria, sendo vedado que o país signatário, ao seu livre alvedrio, confira interpretação diversa da realizada pela entidade com competência para tanto, sob pena de deturpar as reais finalidades pretendidas pelos documentos internacionais.

Sobre o tema, assevera o professor Ruchester Marreiros Barbosa:

A hermenêutica internacionalizante da ONU, que buscar uniformizar o discurso jurídico sobre o sistema de proteção dos direitos humanos da pessoa atingida em seu direito de liberdade, é nada mais nada menos do que uma tipicidade processual, ou seja, a aplicação da legalidade estrita e seu alcance ampliativo para garantia da liberdade e restritivo para a manutenção da prisão. Esta análise pode se observar pelos princípios ora espousados e pelas interpretações a estes princípios e ao art. 7, item 5 da CADH, conforme trataremos em casos concretos em que a Corte IDH interpretou e uniformizou

⁴³DIREITOS HUMANOS. *Conjunto De Princípios Para A Proteção De Todas As Pessoas Sujeitas A Qualquer Forma De Detenção Ou Prisão-1988*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex51.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

o entendimento de que órgão com função judicial não significa estritamente jurisdicional, e somente a revisão da prisão, tendo sido ela mantida por um juiz ou outra autoridade, deverá ser realizada por outro juiz, num sistema de duplo grau de audiência de garantia (custódia), conforme interpretação sistêmica e teleológica do art. 7, item 5 c/c 8, item 1 c/c 25, todos da CADH.⁴⁴

Complementando:

“Assim como ocorre na interpretação constitucional, pelo alto grau de generalidade e de abstração das normas, a interpretação de tratados internacionais de direitos humanos vai além da simples compreensão de um significado prévio existente no texto, pois envolve uma atividade de concretização, a qual se traduz no processo de densificação de regras e princípios, por meio da complementação e preenchimento de espaços normativos”⁴⁵.

Assim, analisando as diretrizes do documento internacional em harmonia com o nosso sistema processual penal, sobretudo no que respeita às funções do delegado de polícia, resta claro que esta autoridade é a “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais” – expressão extraída do artigo 7, item 5, da CADH-, haja vista que: a) conforme já exposto no primeiro ponto deste capítulo, a autoridade policial é a competente – tem atribuição- para exercer a presidência do inquérito policial; b) o delegado exerce suas funções de forma imparcial, vez que não tem qualquer interesse no deslinde de uma futura instrução criminal, atuando somente com o fito de se chegar o mais próximo da verdade, podendo, inclusive,

⁴⁴BARBOSA, Ruchester Medeiros. op. cit.

⁴⁵ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE GOIÁS. op. cit. Acesso em: 03 nov. 2015.

produzir indícios de prova que possa favorecer o investigado; e, c) conforme dispõe a Lei 12.830/13 e à luz do sistema de investigação preliminar adotado pelo nosso ordenamento – sistema do inquérito policial-, o delegado de polícia goza de independência funcional, não estando subordinado ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Para ilustrar, vale trazer à baila parte do voto do emérito desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci, que, inclusive, foi alvo de muito crítica no meio acadêmico:

Trata-se de Habeas Corpus, com pedido liminar, impetrado por defensor público em favor de ABMAEL DE MOURA SANTOS e DIEGO SOUZA BUENO, contra ato da MM. Juíza de Direito, Dra. Flavia Castellar Oliverio, do Departamento de Inquéritos Policiais da Comarca da Capital, sob a alegação de que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, consistente na manutenção de suas prisões cautelares.

Sustenta o impetrante, inicialmente, a ilegalidade da prisão, tendo em vista a ausência de apresentação imediata dos pacientes ao juiz. Menciona, ainda, a ilegalidade da decisão coatora, que manteve a prisão cautelar dos pacientes - efetuados em flagrante por ter, supostamente, praticado o delito do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 -, entendendo ausentes os requisitos autorizadores.

Postulou, destarte, a concessão da liminar, com a imediata expedição de alvará de soltura em favor dos ora pacientes, requerendo, subsidiariamente, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi indeferida (fls.40/42), a autoridade impetrada prestou informações (fls. 45/52) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da

ordem (fls. 54/61).

Devidamente processada, a ordem não merece concessão. Inicialmente, quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.

No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante.

Assim, in concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante.

No mais, conforme consta dos autos, os pacientes foram presos em flagrante, no dia 19 de janeiro de 2015, pela suposta prática do crime de tráfico, acusados de trazerem consigo, para fins de comércio, 30 porções de cocaína (com peso aproximado de 22 gramas), 36 porções de crack (com peso aproximado de 7 gramas), 50 porções de maconha (com peso aproximado de 134 gramas) e uma pequena porção de haxixe (com peso aproximado de 0,2 grama), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

(...)

Portanto, presentes os requisitos autorizadores, mos-

tra-se de rigor a manutenção das prisões cautelares dos pacientes.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a ordem impe-trada, mantendo, in totum, a manutenção das prisões cautelares de ABMAEL DE MOURA SANTOS e DIEGO SOUZA BUENO, consoante decidiu a magistrada a quo.⁴⁶ (**grifos nossos**).

Em suma, conclui-se que a principal finalidade da norma internacional é que o preso seja levado perante alguém que tenha conhecimento jurídico para poder decidir sobre a legalidade de sua prisão, função que é plenamente exercida pelo delegado de polícia.

O Delegado de Polícia não tem papel de garantir uma política criminal de direito penal máximo denominada de lei e ordem (“law and order”- política norte americana de tolerância⁷⁰), mas sim uma política criminal garantista de direitos humanos fundamentais, e seu papel garantidor tem sido pouco estudado, além de que tem sido colocado à margem do debate sobre o tema.⁴⁷

5. Precedentes da corte interamericana de direitos humanos e a interpretação nacionalizante do artigo 7.5 da convenção americana de direitos humanos.

Após a leitura das sucintas abordagens realizadas até aqui, de-preende-se que malgrado a grande recepção da audiência de custó-

⁴⁶BRASIL. Jurisprudência - *Habeas Corpus* 20161527020158260000Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_HC_20161527020158260000_34a01.pdf?Signature=fiiFG9HUUP2GdmsVVXMQuRXbVps%3D&Expires=1446586555&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4ae9312e406e43c8b8b3d162b94e3a92>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴⁷BARBOSA, Ruchester Medeiros. op. cit.

dia no meio doutrinário, resta claro que não houve um estudo sério a seu respeito, sobretudo no que atine à compreensão do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.⁴⁸

Infelizmente, a grande maioria dos processualistas penais brasileiros, mormente aqueles árdios defensores da audiência de custódia, a pretexto fundamentar suas posições, atribuem ao Pacto interpretação diversa da conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pela interpretação e aplicação da CADH. Ressalte-se que, em alguns casos, tais estudiosos chegaram até a suprimir parte dos textos das decisões proferidas pela Corte, realizando apenas interpretações tópicas, com o objetivo de alcançar os seus objetivos, sem nenhum compromisso com a verdade.

Para que a utilização de um julgado da corte possa servir de paradigma para interpretação e aplicação no ordenamento interno, mostra-se imprescindível que este guarde semelhança com a legislação pátria, sob pena de incorrer-se em um sofisma.

O primeiro objeto de análise será o caso Acosta Calderón Vs Equador, vejamos:

76. El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia⁶¹.

⁴⁸Ibidem.

77. Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado la importancia que reviste el pronto control judicial de las detenciones. Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez⁶². La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea⁶³.

78. Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto⁶⁴. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.

79. En el caso en análisis, el señor Acosta Calderón, al momento de su detención, sólo rindió declaración ante

la Policía y un Fiscal, sin la presencia de su abogado. No consta en el expediente que el señor Acosta Calderón haya rendido declaración alguna ante un juez, sino hasta transcurridos casi dos años de su detención. En este sentido, el 8 de octubre de 1991 el mismo Tribunal de Lago Agrio expresó que “dentro del proceso no consta[ba el testimonio indagatorio de la presunta víctima], presumiéndose que el actuario de ese entonces no ha[bía] incorporado en el expediente dicha diligencia”, por lo que ésta se tomó el 18 de octubre de 1991 (supra párr. 50.23, 50.25 y 50.27).

80. En segundo lugar, un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención⁶⁵. En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Acosta Calderón no estaba dotado de atribuciones para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Por tanto, el agente fiscal que actuó en el caso no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima. 81. Por ello, la Corte considera que el Estado violó en perjuicio del señor Acosta Calderón el derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones

judiciales, como lo requiere el artículo 7.5 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma.⁴⁹
(grifo nosso)

A princípio, cabe destacar que o Código de Processo Penal Equatoriano adotou o sistema de investigação criminal do juizado de instrução e, conforme cediço, neste sistema a investigação criminal é comandada por um juiz de instrução, cabendo destacar ainda que na legislação equatoriana não há um cargo equivalente ao de Delegado de Polícia no Brasil.

Assim, após atenta leitura dos parágrafos supratranscritos, resta claro que o juiz não é a única autoridade a quem o conduzido deve ser apresentado, podendo tal exigência ser cumprida por outra autoridade competente.

Prosseguindo, trar-se-á a colação outro importante julgado, também envolvendo o Equador, que corrobora a possibilidade de apresentação da pessoa presa a outra autoridade que não o juiz:

118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.

⁴⁹BARBOSA, Ruchester Medeiros. op. cit.

En el caso en análisis, el señor Tibi manifestó que rindió declaración ante un “escribano público” el 21 de marzo de 1996, casiseis meses después de su detención (supra párr. 90.22). En el expediente no hay prueba alguna para llegar a una conclusión diferente.

119. En segundo lugar, un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención¹³⁹. En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Tibi, de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no estaba dotado de atribuciones para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Asimismo, el agente fiscal no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima.⁵⁰ **(grifo nosso)**

Nesta esteira, seguem partes de alguns julgados da Corte Interamericana:

Caso “*Caso vélez loor vs. Panamá*”:

107. A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de

⁵⁰CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Crf. *Caso Tibi Vs. Ecuador*, p. 63-64. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acceso em: 06 nov. 2015.

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁰⁶, la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal¹⁰⁷. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél¹⁰⁸. De igual forma, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que [t]odo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad¹⁰⁹.

108. Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos¹¹⁰. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias¹¹¹, es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.⁵¹

⁵¹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Crif. Caso vélez loor vs. Pa-*

Caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”:

134. Al respecto, el Estado alegó que los detenidos “permanecieron en el país por [un] espacio de unas cuantas horas, en virtud de que éstos ingresaron al territorio dominicano de forma indocumentada y en horas de la madrugada, por lo que los mismos debieron aguardar a que se iniciaran los trámites en horas laborables a los fines de ser devueltos a su país de origen”. Sin embargo, a partir de las declaraciones de las víctimas, la Corte nota que las autoridades no les mantuvieron detenidos con la intención de presentarlos ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales o con el objetivo de formularles cargos de acuerdo a la normativa interna (supra párrs. 54 y 55). Así, del análisis de las pruebas allegadas al expediente, este Tribunal considera que las detenciones no fueron llevadas a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de los detenidos, o mismo de realizar un procedimientomigratorio formal con vistas a su deportación o expulsión¹⁹³, lo que las convierten en detenciones con fines ilegítimos y, por lo tanto arbitrarias, en contravención del artículo 7.3 de la Convención, en perjuicio de las víctimas detenidas.

135. Con respecto al artículo 7.5 de la Convención, el cual dispone que la detención debe someterse sin demora a revisión de un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, la Corte ha considerado que “corresponde al juzga-

namá, p. 36-37. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. Acceso: 06 nov. 2015.

dor garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al detenido de manera consecuente con la presunción de inocencia”¹⁹⁴, como una “garantía tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones¹⁹⁵, así como a garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal”¹⁹⁶.

136. La Corte ha establecido que la “Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención con base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal¹⁹⁷. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél¹⁹⁸”.

137. Asimismo la Corte considera que, en materia migratoria, “la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, la Corte ya ha es-

tablecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos”¹⁹⁹. Toda vez que, en relación con esta garantía corresponde al funcionario de migración la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias²⁰⁰, “es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria”²⁰¹.

138. Además, la Corte nota que la Constitución dominicana de 1994, vigente al momento de la detención analizada, disponía en su artículo 8.2.d. que: “[t]oda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad.”⁵² (**grifos nossos**)

Analizando superficialmente os julgados acima colacionados, percebe-se, claramente, que os tratados reconhecessem a legitimidade de órgãos não jurisdicionais que atipicamente exercem funções jurídicas de prender e restituir a liberdade.⁵³

A par disso, os defensores da audiência de custódia ainda insistem em fomentar uma interpretação nacionalista da CIDH, deixando de lado a coerência interpretativa tão defendida pelos mesmos.

6. Conclusão:

Após acurada análise das premissas discutidas no curso deste artigo, é possível concluir que:

⁵²CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Crif Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, p. 41-42. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2015.

⁵³BARBOSA, Ruchester Medeiros. op. cit.

1. O hermeneuta brasileiro, ao interpretar os tratados internacionais, independente do conteúdo neles versado, deve sempre buscar uma ponderação entre o ordenamento interno, mormente no que respeita as normas constitucionais, e as finalidades pretendidas pela norma internacional.

2. O sistema de garantias fundamentais estatuído no ordenamento jurídico pátrio está em perfeita harmonia com a sistemática mundial de proteção dos direitos humanos, sobretudo no que diz respeito às normas estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

3. Analisando os atos administrativos editados pelos tribunais de justiça para implantar a audiência de custódia à luz da Constituição da República, resta claro o vício formal de inconstitucionalidade dos mesmos, ante a usurpação do poder de legislar sobre matéria de direito processual, que conferido à União.

4. O argumento de que a audiência de custódia implicará diretamente na diminuição da superlotação carcerária brasileira não passa de uma falácia, um argumento metajurídico utilizado para sustentar a teratologia argumentativa escudada pelos defensores do referido instituto, uma vez que o problema que norteia o sistema prisional hoje está quase que inteiramente ligado à omissão estatal, no que diz respeito a falta de apoio aos egressos do sistema prisional e o sucateamento das penitenciárias brasileiras.

5. No âmbito do direito processual penal pátrio, desde há muito, ao Delegado de Polícia incumbe, tipicamente, o exercício de funções de polícia judiciária, mormente à apuração dos ilícitos penais através do inquérito policial e, atipicamente, o exercício de funções judiciais.

6. Analisando as diretrizes do documento internacional e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em harmonia com o nosso sistema processual penal, sobretudo no que atine às funções do delegado de polícia, resta claro que esta autoridade preenche os requisitos exigidos pelo Pacto de São José da

Costa Rica, quais sejam: competência, imparcialidade e independência funcional, para ser o exercer o papel da “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais”. Portanto, antes mesmo da elaboração da Convenção, o Brasil já se encontrava na sua vanguarda, haja vista que o nosso Código de Processo Penal foi promulgado em 1942 e desde a sua gênese, o delegado de polícia já exercia as funções que exerce hodiernamente.

REFERÊNCIA

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AUDIÊNCIA PÚBLICA. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>> Acesso em: 30 de out. 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9457415/Parecer__Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia)>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BARBOSA, Ruchester Medeiros. *Audiência de Custódia e o Sistema da Dupla Cautelaridade como Direito Humano Fundamental*. Disponível em: <<http://ruchesterbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/173154765/audiencia-de-custodia-e-o-sistema-da-dupla-cautelaridade-como-direito-humano-fundamental>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL, *Projeto de Lei do Senado Nº 554, de 2011*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?-t=95848&tp=1>>. Acesso em: 18 de out. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Projeto de Emenda a Constituição n° 89 de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1359846&filename=PEC+89/2015>. Acesso em: 26 de out. 2015.

Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, p. 26/27. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 06 nov. 2015.

Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, p. 41/42. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf. Acesso em: 06 nov. 2015.

Caso Tibi Vs. Ecuador, p. 63/64. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 06 nov. 2015.

Caso vélez loor vs. Panamá, p. 36/37. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf. Acesso: 06 nov. 2015.

Conjunto De Princípios Para A Proteção De Todas As Pessoas Sujeitas A Qualquer Forma De Detenção Ou Prisão-1988. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex51.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. *Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/conv_viena.html>. Acesso em 14 set. 2015.

EMPORIO DO DIREITO. *Ministério Público não pode investigar e Juiz André Nicollit (TJRJ) rejeita denúncia*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/ministerio-publico-nao-pode-investigar-e-juiz-andre-nicollit-tjrj-rejeita-denuncia/>>. Acesso em: 18 de out. 2015.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE GOIÁS. *Manifestação dos magistrados do Estado de Goiás sobre o projeto Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://esmeg.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias-sobre-o-projeto-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 31 out. 2015.

LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito processual penal*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Lei nº 12.830/13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª Ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Processo Penal no Limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, André; MELO, Bruno Cleuder. RODRIGUES, Gustavo. *Análise Crítica do Voto do Des. Guilherme de Souza Nucci – TJSP: O Delegado de Polícia não faz audiência de custódia*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/analise-critica-do-voto-do-des-guilherme-de-souza-nucci-tjsp-o-delegado-de-policia-nao-faz-audiencia-de-custodia-por-andre-nicolitt-bruno-cleuder-de-melo-e-gustavo-rodrigues-ribeiro/>> Acesso em: 18 de

out. 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ED. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Gisele Souza de; JÚNIOR, Samuel Meira Brasil; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Direitos Humanos*. São Paulo: Rideel, 2010. p. 47.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PARAZZOI, Franco. *O Delegado De Polícia No Sistema Jurídico Brasileiro: Das Origens Inquisitoriais Ao Garantismo Penal De Ferrajoli*. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/images/stories/delegados.com.br.FRANCOPERAZZONI.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf>. Acesso em 06 set. 2015.

_____. *Tratados Internacionais De Proteção Dos Direitos Humanos: Jurisprudência Do STF*. Disponível em: <http://www.reid.org.br/arquivos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf>. Acesso em 11 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>> Acesso em: 18 de out. 2015.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, vol. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

ZIMMAR, Rafael Barone; MONTEIRO, André Vinicius. *A Audiência De Custódia e a Inconstitucionalidade do Provedimento Conjunto do Tribunal De Justiça De São Paulo*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/outros-autores/processo-penal/a-audiencia-de-custodia-e-a-inconstitucionalidade-do-provedimento-conjunto-do-tribunal-de-justica-de-sao-paulo>>. Acesso em 17 out. 2015.

**OS IMPOSTOS COMO RECEITAS
NECESSÁRIAS À GARANTIA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL (*TAXES AS NECESSARY
REVENUE TO GUARANTEE THE MIMIMUM
EXISTENTIAL*)**

Simone de Sá Portella¹
Auner Pereira Carneiro²

RESUMO

Os impostos são meios necessários de suprir as desigualdades sociais, e garantir a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Para tanto, existe o princípio constitucional da capacidade contributiva, como pressuposto

¹Procuradora do Município de Campos dos Goytacazes/RJ. Especialista em Direito Público pela UNIFLU/FDC. Mestre em Políticas Públicas e Processo pela UNIFLU/FDC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas em Desenvolvimento Municipal/Regional.UENF.UNIFLU.CNPq.

²D.Sc. USP-SP. Prof. Mestrado e Doutorado – UFPR. Prof. Graduação, lato-sensu e Mestrado. Faculdade de Direito de Campos - FDC. Coordenador do Grupo de Pesquisa Interinstitucional de desenvolvimento Municipal-Regional.UENF.UNIFLU.CNPq.

da igualdade substancial. Assim, os que mais adquirem riqueza devem contribuir com seus haveres, de modo a atingir a justiça fiscal. Isso se dá através dos subprincípios da progressividade e da seletividade. O pagamento de tributos, apesar de ser um ônus indesejado é considerado um dever fundamental. Deve-se lutar para combater a evasão fiscal, de modo que os que possuam patrimônio volumoso sejam responsáveis para a promoção da redução dos níveis de pobreza em que vive a maioria dos cidadãos do país.

Palavras Chaves: impostos, dignidade, pessoa, igualdade.

ABSTRACT

Taxes are the necessary means by which a government is capable of diminishing social differences and grant the Nation human dignity, which is one of the pillars of the Brazilian Federative Republic. Therefore, there is the constitutional principle of the contributive capability, as a substantial equality presupposition. This way, those who acquire more wealth are to pay tax on it, in order to reach fiscal justice. This is possible through the gradualism and selectivity of sub principles. The payment of taxes, although considered as an undesirable onus, is also recognized as a fundamental duty. One should fight against fiscal evasion, so that those who own a valuable wealth could (and should) be responsible for the promotion of the reduction of the poverty levels in which a great deal of the country's citizens live.

Key Words: taxes, dignity, individual, equality.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo mostrar que a tributação, através da espécie tributária denominada de imposto, consiste no mecanismo que as Entidades da Federação possuem para suprir as necessidades de cidadãos que permanecem na linha da pobreza.

É certo que, o pagamento de tributos é visto como um ônus

indesejável, mas como será demonstrado, constitui um dever fundamental, posto que necessário para garantir os direitos básicos, e conseqüentemente garantir a dignidade da pessoa humana.

O primeiro item trata do conceito de imposto com o desenvolvimento histórico, descrevendo o Estado Patrimonial, o Estado Liberal Clássico, o Estado de Polícia, o Estado Social Fiscal até atingir o Estado Democrático e Social Fiscal.

No item dois há uma exposição sobre os princípios tributários ligados à justiça, aptos a atingir a igualdade na tributação. Assim, quem mais possui deve arcar com maior carga tributária para suprir às necessidades vitais dos que vivem na miséria.

Por fim, será desenvolvido o tema do pagamento de impostos como um dever fundamental, em que se procurará demonstrar que o repúdio à idéia de tributação é um engano, pois constitui um exercício efetivo e pleno de democracia e justiça sustentável.

1. Conceito de imposto e sua afirmação histórica como meio de se atingir a inclusão social.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, configura no Estado Democrático de Direito, ao contrário do Estado Liberal, à realização de políticas públicas.

Para tanto, há necessidade de que todos com capacidade contributiva arquem com o ônus de pagar tributos, na modalidade de impostos, com o intuito de gerar receitas para a realização do bem da coletividade. Essa é a chamada função fiscal.

Contudo, a extrafiscalidade também é uma fonte de distribuição de rendas à medida que há estímulo ao desenvolvimento de uma determinada atividade, capaz de garantir o desenvolvimento econômico do país, e conseqüentemente, suprir às necessidades dos excluídos.

Imposto é o tributo não vinculado, cuja hipótese de incidência consiste na conceituação legal de um fato qualquer que não se cons-

titua em uma atuação estatal específica em relação ao contribuinte (art 16, do Código Tributário Nacional); um fato da esfera jurídica do contribuinte³.

Assim, é devido pelo contribuinte independente de qualquer contraprestação por parte do Estado. Nisso se difere das taxas e contribuições de melhoria, tributos vinculados a uma atuação estatal específica em relação ao contribuinte.

O art 16, do Código Tributário Nacional, dá a definição de imposto:

“Art 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”

No Estado Patrimonial, os recursos eram adquiridos primeiramente dos bens dominicais e, apenas de modo subsidiário utilizavam-se os tributos⁴. Caracteriza-se por privilégios corporativos, com a imunidade tributária absoluta do senhorio e da Igreja⁵.

O Estado de Polícia afirmou-se com o predomínio da geração de receitas públicas através da cobrança de tributos decorrentes do patrimônio dos contribuintes, ao invés de se fundar na exploração de bens do domínio público. Divide-se em: Estado Liberal Clássico, Estado Social Fiscal e Estado Democrático e Social Fiscal⁶.

No Estado Liberal Clássico, o imposto era considerado pelos liberais, como um desfalque realizado pelo Estado nos bens dos con-

³ATALIBA, Geraldo *Hipótese de incidência tributária* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.p.136.

⁴TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.7.

⁵TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume III. *Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidade e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, P.P. 40/41.

⁶ROSA JR., Luiz Emygdio F. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

tribuintes para atender às despesas de atividades básicas, tais como justiça, diplomacia, política, etc .

A escola liberal pretendia conseguir, através dos impostos, o maior volume de arrecadação, ao mesmo tempo em que deveria produzir um menor dano aos contribuintes. Assim, entravam em conflito os princípios do rendimento e da justiça⁷.

O Estado Social Fiscal confunde-se com o Estado de Bem-Estar Social. A atividade financeira passa a visar à redução das desigualdades sociais, com a redistribuição de rendas, subvenções e subsídios para entrega de prestações de serviços públicos⁸.

O Estado Democrático e Social Fiscal surge no período moderno. Aparece a extrafiscalidade, através da qual o imposto passa a servir como instrumento de intervenção do estado nos domínios econômico, social e político.

O aspecto dos impostos que interessa ao presente trabalho é a possibilidade de obtenção de rendas necessárias para cobrir as despesas com o mínimo existencial. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres, expressa:

“O *status positivus*, no que concerne às prestações jurisdicionais e de segurança do mínimo existencial, bem como às prestações positivas de bens e serviços não fica à mercê de regulamentação do sistema legislativo infraconstitucional, pois se vincula à própria organização estatal, sendo as despesas respectivas cobertas com a arrecadação de impostos, tributos de natureza não-contraprestacional”⁹.

Ressalte-se, porém, que o art 4º, do Código Tributário Nacional expressa que a destinação do produto de arrecadação do tributo é irrelevante para determinar a natureza jurídica. Isso porque, a natureza jurídica do tributo é determinada pelo exame do fato gerador, que no caso do imposto, consiste em fato praticado pelo contribuin-

⁷ATORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. P.P.7/10.

⁸TORES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. O Orçamento na Constituição. P.175.

te e definido na lei, como sendo apto ao nascimento da obrigação tributária.

É importante, ainda, a referência ao art 167, IV, da Constituição Federal, que assim determina:

“Art 167. São vedados:

IV. A vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para ações e serviços públicos de saúde, para a manutenção do ensino, e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, pelos arts. 198, § 2º, 212, e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, prevista no artigo 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”.

Os artigos 158 e 159 da Constituição Federal tratam das transferências tributárias entre entidades da Federação.

A saúde e a educação são direitos constitucionais sociais básicos estabelecidos na Constituição Federal. Assim se o indivíduo não desfrutar de atendimento médico-hospitalar e frequência ao ensino fundamental não terá assegurado o mínimo vital para uma vida com dignidade.

Nesse sentido, a Constituição Federal determina a obrigatoriedade a todas as entidades da Federação aplicarem anualmente, receitas resultantes de impostos, compreendidas as resultantes das transferências, no desenvolvimento do ensino, competindo à União, dezoito por cento, e aos Estados, Distrito Federal e Municípios, vinte e cinco por cento (Art 212, da Constituição Federal). Caso não sejam aplicados os percentuais mínimos há previsão constitucional de intervenção da União nos Estados, e dos Estados nos Municípios

(arts. 34, VII e 35, III, da Constituição Federal).

Do mesmo modo, na saúde pública, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são obrigados a aplicar anualmente recursos mínimos resultantes de impostos (art 198, § 2º, II e III, da Constituição Federal).

Ressalte-se que, tão importantes são os direitos à saúde e a educação, que constituem exceções à regra de que as receitas de impostos não devem ser vinculadas a despesas, órgão ou fundo.

Esse princípio é denominado de não afetação e tem previsão no art 167, da Constituição Federal. Ele decorre de uma estrutura complementar a contabilidade do orçamento.

Assim sendo, entende-se que, para haver um planejamento, há necessidade de as receitas formarem uma massa distinta e única para cobrir o conjunto das despesas. Se houver vinculações fica comprometida por antecipação, a faculdade de programação das prioridades, para alocações de recursos, função esta da lei orçamentária⁹.

Sobre esse assunto, vale a lição de Aliomar Baleeiro:

“A justiça como igualdade distributiva não se completa apenas no Direito Tributário, mas nas restantes partes do Direito. Deve-se tributar de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Esse é um princípio de Direito Tributário. Mas a destinação dos recursos deve ser a melhor, segundo a necessidade e voltada a reduzir as desigualdades econômicas entre grupos e regiões. Por isso, as normas de Direito financeiro e Orçamentário somam-se àquelas tributárias na realização da justiça. O belo no Direito Tributário é que esse ramo visa a tirar recursos financeiros dos mais ricos para utilizá-los em educação, saúde, assistência e previdência social, etc, especialmente em benefício dos economicamente

⁹BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atualizadora: Misabel Abreu Machado Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P.203.

mais fracos. A justiça tributária é norma informativa de todo o Direito, assim como de todas as espécies de tributos, mas acentua-se seu caráter redistributivo nos impostos¹⁰.

A competência para a criação de impostos é privativa. A Constituição indicou os impostos de competência de cada entidade da Federação nos artigos 153, 154, 155 e 156.

Quanto à destinação do produto da arrecadação tributária, os administradores devem, em consonância com o sistema de competências estabelecido na Constituição, aplicar, o dinheiro público, com o objetivo primordial de garantir o mínimo existencial.

Uma tarefa árdua, mas não impossível em um país de contrastes. Alguns ricos e uma enorme legião de excluídos; todavia um eficiente sistema de arrecadação de impostos seria uma solução. É importante ter em mira que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a erradicação da pobreza.

A função da erradicação da pobreza consiste em incluir toda a sociedade nos patamares mínimos de cidadania. A generalidade, por outro lado, tem como finalidade atingir todos que estão em condições de pagar tributos, porque alcançaram o mínimo vital¹¹, e o conseqüente aumento de recursos para fazer cessar as desigualdades sociais, promovendo uma inclusão social dos excluídos.

A vida em sociedade faz com que decorram necessidades que devem ser satisfeitas pelo grupo social, como a ordem jurídica, a segurança, a defesa, a profilaxia, a saúde pública e o bem-estar de todos. Para que o Estado possa garantir essas necessidades é preciso que os cidadãos paguem impostos.

No entanto, ainda na atualidade permanece a regra de que o imposto não deve atingir a parcela da renda necessária à subsistência de cada indivíduo. Assim, o cidadão deve contribuir para o

¹⁰BALEEIRO, Aliomar. *Op cit.* P. 2000.

¹¹WEISS, Fernando Lemme. *Justiça Tributária – As Renúncias, o Código de Defesa dos Contribuintes e a Reforma Tributária.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, P.P.41/42.

Estado de acordo com suas possibilidades. Essa regra corresponde ao princípio da capacidade contributiva, expressa no art 145, § 1º, da Constituição Federal.

2. Os Princípios Constitucionais Tributários ligados à Justiça.

O Princípio da capacidade contributiva tem como vertente a igualdade no sentido substancial. Dessa forma, o imposto deve ser cobrado de cada um na medida de suas possibilidades econômicas. Dessa forma, os mais ricos devem pagar mais tributos, em detrimento dos mais pobres.

O princípio da capacidade contributiva corresponde a um princípio ligado à idéia de justiça, pouco ligado ao mínimo existencial.

Na verdade, a capacidade contributiva é puramente negativa, só surge além do mínimo necessário à existência digna, e termina aquém do mínimo existencial.

Assim, a parcela de patrimônio que fica abaixo do necessário para a subsistência fica imune à tributação.

É um princípio ligado à idéia de riqueza do contribuinte, expressa na prática de um ato capaz de suportar a incidência de um tributo. Para que não haja sacrifício do contribuinte, de modo a afetar o mínimo indispensável à sua sobrevivência, há a progressividade fiscal e a personalização do imposto, bem nítidos no imposto de renda, aviltando-se as características pessoais do indivíduo.

Refere-se aos impostos, mas excepcionalmente aplica-se às taxas e contribuições de melhoria no que tange às isenções e entrega de obras e serviços públicos a pessoas carentes¹².

Isso porque, a base de cálculo do imposto deve estabelecer um índice de capacidade econômica do contribuinte. Nos tributos vinculados a base de cálculo expressa o custo da atuação estatal ou a vantagem imobiliária auferida pelo contribuinte..

Ressalte-se que, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

¹²TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. PP.97/98.

possui entendimento de que tal princípio não se restringe aos impostos, mas também às taxas decorrentes do poder de polícia¹³.

O Princípio da capacidade contributiva encontra-se escrito no art 145, § 1º, da CF, com a seguinte redação:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à Administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

A Constituição Federal não contempla expressamente o princípio da proporcionalidade, assim considerado como subprincípio da capacidade contributiva. Mas, ainda assim, a doutrina o considera aplicável¹⁴. Caracteriza-se por ter uma única alíquota independente da base de cálculo do tributo.

Roque Antônio Carraza considera tal princípio injusto, porque a tributação pesa sobre o contribuinte que possui um patrimônio menor, e conseqüentemente tem uma base de cálculo inferior.

O que possui patrimônio mais elevado sofre menos a carga tributária¹⁵, apesar da base de cálculo ser maior, porquanto as alíquotas são as mesmas.

Concorda-se com a posição do autor por ser necessária a existência de diferenciações de alíquotas em razão da maior ou menor base de cálculo para observância do princípio da capacidade contributiva.

Outro subprincípio da capacidade contributiva, previsto no nosso ordenamento jurídico é o princípio da progressividade. Re-

¹³RP-1077/RJ, RTJ 101/499.

¹⁴Por todos Ricardo Lobo Torres. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. P. 94.

¹⁵CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.p.87 e 88.

vela a igualdade expressa na capacidade contributiva como forma de atingir a justiça no imposto¹⁶.

Eleva-se a alíquota gradativamente com a base de cálculo à medida que esta aumenta, demonstrando o maior grau de riqueza do contribuinte. Assim, os mais ricos devem sofrer uma carga tributária de maior proporção de modo a custear as despesas para toda a coletividade, e conseqüentemente, garantir o mínimo existencial.

A progressividade tem por objetivo, tornar igual o sacrifício tributário, com o menor ônus das necessidades coletivas indispensáveis, como a segurança, etc, e maior carga tributária nas necessidades coletivas de luxo¹⁷.

Pode servir para modificar a repartição de fortunas.

Nesse caso, tende a realização de um fim social, com o estabelecimento de igualdade entre as fortunas¹⁸, com diferenciações de taxas com intuito de tributar mais pesadamente os rendimentos considerados mais importantes.

Por esse prisma a progressão é indicada pela noção de equidade de repartição de bens de acordo com as idéias políticas e sociais dominantes¹⁹.

Afirma-se que, a progressividade é importante para o crescimento da poupança nacional, pois a forte concentração de renda está associada à pequena propensão para poupar e investir, de modo que a reação à progressividade só se justificaria se a renda não distribuída pela tributação fosse aplicada em bens de capital.

No entanto, a elevação exagerada de alíquotas pode levar ao confisco, sendo desestimuladora da atividade econômica, e ao mesmo tempo causadora de redução da arrecadação.

Daí a necessidade que a tributação seja pautada pela progressividade, em busca do equilíbrio das desvantagens entre os homens, sem desestimular a atividade de produção, como a principal forma

¹⁶HUGON, Paul. *O impôsto*. 2ª edição. São Paulo: Edições Financeiras SN. 1945, P. 74.

¹⁷HUGON, Paul. *Op. cit.* P.74.

¹⁸HUGON, Paul. *ibidem*. P.76.

¹⁹HUGON, Paul. *Ibidem*. P. 76.

de geração de riquezas.

Assim, a progressividade encontra seus limites na não-confis-catoriedade e no respeito ao princípio da livre iniciativa, previsto no art 1º, IV, da Constituição Federal.

Na Constituição brasileira, a progressividade está expressa no art 153, § 2º, I, como um dos princípios do imposto de renda, ao lado da generalidade e universalidade.

A generalidade significa o pagamento de tributos na medida de suas condições, sendo a imunidade uma exceção, só admitida com base em um direito fundamental, sob o risco de se tornar um privilégio odioso²⁰, pois os demais membros da comunidade ficariam encarregados de arcar com a parte daqueles beneficiados com a norma que estabelecesse a não incidência tributária.

Além do imposto de renda, a Constituição prevê a progressividade do IPTU, no art 156, § 1º, que possui a seguinte redação, com a Emenda Constitucional nº 29/00:

“Art 156.

§ 1º. Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel”.

Esta progressividade é fiscal, e não extrafiscal, porque visa a arrecadação de mais recursos para os cofres municipais de acordo com a capacidade financeira do contribuinte, ou seja, há alíquota mais elevada para imóvel de maior valor, e alíquota menor para imóvel de menor valor²¹.

Isso significa que não se leva em conta o poder aquisitivo do

²⁰Expressão utilizada por Ricardo Lobo Torres. Ver: *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume III. P.351.

²¹ROSA JR, Luiz Emygdio. *Op. cit.* P. 1098.

contribuinte, e sim o valor do imóvel, não importando o fato de se tratar de pessoa rica ou pobre.

No entanto, Ricardo Lobo Torres considera esta norma suspeita de inconstitucionalidade, em virtude de o Supremo Tribunal Federal ter consolidado jurisprudência no sentido de que a progressividade do IPTU se restringia à extrafiscalidade, prevista no art 182, § 4º, II, da Constituição Federal, quando o contribuinte não cumprisse as exigências do plano diretor.

Vedava-se, assim, a variação de alíquotas em razão da capacidade contributiva do sujeito passivo (Súmula 589, do STF), pelo fato de se caracterizar correção legislativa da jurisprudência do STF por motivo fiscalista e arrecadatário, divorciado da fundamentação ético-jurídica da progressividade, considerando-se inconstitucional a fixação de adicional de IPTU pelo número de imóveis do contribuinte²².

Não há nesta investigação científica, concordância com esta posição, pois a Emenda Constitucional 29, ao conceder a faculdade de concessão de progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel (art 156, parágrafo primeiro da Constituição Federal) está a beneficiar os mais pobres, pois dificilmente um indivíduo carente é proprietário de imóvel suntuoso.

O Supremo Tribunal Federal, se posiciona com 5 Ministros favoráveis à constitucionalidade da progressão do IPTU pelo valor do imóvel, prevista pela EC 29/00. Nesse sentido, RE 423768/SP²³.

²²TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. P. 397.

²³O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário interposto pelo Município de São Paulo contra acórdão do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do referido Estado-membro que, ao prover apelação em mandado de segurança, declara a inconstitucionalidade da Lei municipal 13.250/2001 – que, dando nova redação à lei municipal 6.989/66, estabeleceu alíquotas progressivas para o IPTU tendo em conta o valor venal e a destinação do imóvel – ao fundamento de terem sido violados os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, e de que a EC 29/2000, ao prever as citadas alíquotas, ofendeu o art 60, § 4º, IV, da CF. O Min. Marco Aurélio, relator, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, para, reconhecendo a constitucionalidade da EC 29/2000 e da Lei municipal 6.989/66, na redação dada pela referida Lei 13.250/2001, restabelecer a sentença que indeferira a segurança. Após mencionar os diversos enfoques dados pela Corte em relação à

A outra progressividade existente no IPTU, corresponde à denominada progressividade no tempo, prevista no art 182, § 4º, II, da CF como forma de assegurar a função social da propriedade.

Consiste em sanção para o proprietário de imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não edificado para promoção do adequado aproveitamento do imóvel de acordo com o plano diretor do Município.

Observa-se, que o significado de função social da propriedade deve ser o instrumento de limitação da mesma para aquele que não a utilize em conformidade com o seu fim, e nesse sentido, tem-se que há possibilidade de garantir o direito constitucional à moradia (art 6º, da CF), condição essencial para que um indivíduo seja incluído no seio da sociedade.

O ITR de competência da União também possui uma progressividade extrafiscal, prevista no art 153, § 4º, I. Há previsão de alíquotas mais elevadas para o proprietário que não cumprir a função social da propriedade, tornando-a improdutiva. É uma forma de assegurar o direito à subsistência de pessoas que vivem do trabalho rural, e incentivar que os proprietários de imóveis rurais empreguem a mão de obra de forma a gerar empregos, contribuindo para o desenvolvimento social e a erradicação da pobreza.

A seletividade, também decorrente da capacidade contributiva,

progressividade dos impostos e a consideração da capacidade econômica do contribuinte, o relator reafirmou sua convicção, exposta em julgamentos anteriores ao advento da EC 29/2000, de que o § 1º do art 145 possui cunho social da maior valia, tendo como objetivo único, sem limitação do alcance do que nele está contido, o estabelecimento de uma graduação que promova justiça tributária, onerando os que tenham maior capacidade para pagamento do imposto. Asseverou, no ponto, que a capacidade econômica do contribuinte há de ser aferida sob os mais diversos ângulos, inclusive o valor em si, do imóvel. Ressaltou, também, que a lei impugnada foi editada ante a competência do Município e com base no § 1º do art 156 da CF, na redação dada pela EC 29/2000, concretizando a previsão constitucional e que o texto primitivo desse dispositivo não se referia ao valor do imóvel e à localização e ao uso respectivos, mas previa a progressividade como meio de se assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, que acompanhavam o relator, Pedeu vista dos autos o Min. Carlos Britto. RE 423768/SP, Rel. Marco Aurélio, 28.6.2006. (RE-423768)”. Informativo 433, www.stf.gov.br.

não se confunde com a progressividade. Consiste em uma variação do nível da incidência tributária, tendo como parâmetro o maior grau de dependência humana ao produto, dependência esta voltada à satisfação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Assim sendo, considera-se essencial o produto indispensável para atingir à dignidade humana, considerada mínima pela sociedade em um momento²⁴. Assim, o legislador ordinário onera com mais peso o contribuinte com maior capacidade econômica, ou reduz o tributo gradativamente até atingir a isenção em relação aos contribuintes que possuem menor capacidade econômica²⁵.

A única ressalva à seletividade consiste na existência de determinação constitucional no sentido de que determinado tributo tenha tratamento uniforme pelo legislador ordinário, com alíquota única, e não discriminação da base de cálculo para todos os contribuintes²⁶.

Diante do princípio da seletividade, produtos supérfluos possuem maior carga tributária em relação aos produtos essenciais. A Constituição Federal, no art 153, § 3º, I, determina que o Imposto da União sobre produtos industrializados “será seletivo, em função da essencialidade do produto”.

Já com relação ao ICMS, de competência dos Estados e do Distrito Federal, o art 155, § 2º, III, da Constituição Federal estabelece a possibilidade de ser seletivo com o verbo “poderá”.

Merece registro a concepção de José Marcos Domingues de Oliveira, de ser o direito tributário um direito de terceira ou quarta geração à medida que há a comparação com a ecologia.

Nesse sentido, o poluidor deve pagar contribuições em decorrência de sua atividade poluidora. Ao passo que cabe ao Estado, através do princípio da seletividade, tributar mais pesadamente as

²⁴Weiss, Fernando Leme. *Op. cit.* P. 52.

²⁵SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Teoria e Prática das Isenções Tributárias*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 112.

²⁶SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Op. cit.* P. 113.

atividades que sejam mais devastadoras ao meio ambiente²⁷.

Há necessidade de observância dos princípios da capacidade contributiva, da generalidade e da isonomia para de fato serem atingidos os objetivos traçados no art 3º, III, da Constituição Federal, com o intuito de erradicar a pobreza e a marginalização, visando à efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

3. O pagamento de impostos como dever fundamental.

A todo direito corresponde um dever. Assim a garantia dos direitos fundamentais corresponde ao dever fundamental de pagar tributos²⁸.

Os deveres fundamentais dos cidadãos, como os de prestar serviço militar, participação de reuniões do júri e de pagar tributos encontram seu fundamento na Constituição.

Esses deveres não preexistem à Constituição, mas nascem com ela. Assim, na parte que excede à liberdade conferida às pessoas na Carta Magna, se oferece condições para a imposição dos deveres fundamentais²⁹.

O dever de pagar tributos é correspondente à noção de cidadania e ao Estado Democrático de Direito. O tributo é o dever determinado pela Constituição no espaço aberto à liberdade e pela declaração de direitos fundamentais. Dessa forma, o tributo não é considerado mera obrigação criada por lei, e sim, dever fundamental criado pela Constituição³⁰.

“O dever de pagar tributos corresponde à liberdade e aos direitos fundamentais”³¹.

O Estado Democrático de Direito só ganha a dimensão estatuída no art 1º, da Constituição Federal, à medida que as pessoas tiverem acesso à cidadania, com a efetiva fruição dos direitos fundamentais.

O custeio desses direitos deve se fazer por meio dos tributos.

³⁰TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* P 318.

³¹TORRES, Ricardo Lobo. *ibidem.* P. 318.

Por outro lado, uma boa arrecadação expressa uma maior proximidade dos entes públicos com os contribuintes.

A Constituição de 1988 optou pela descentralização tributária, essencial à justiça social em um país como o Brasil, de grande dimensão geográfica.

Nesse sentido, é importante a participação dos Estados e dos Municípios para concretizar a dignidade da pessoa humana e eradicar a pobreza e a marginalização, objetivos da República Federativa do Brasil (art 3º, III, da CF). Mas, para a efetivação desses objetivos há necessidade de se cumprir o dever de pagar tributos.

O tributo corresponde à prestação pecuniária necessária para cobrir a subsistência dos direitos fundamentais.

No entanto, no Brasil há uma aceitação da sonegação tributária como forma de uma resistência a uma invasão estatal no patrimônio individual, aceitação esta compartilhada, inclusive, pelos que mais necessitam de uma eficiente arrecadação tributária.

Pode-se comparar com o exemplo de Robin Hood, como o homem bom que tira dinheiro dos mais ricos para dar aos mais pobres. Trata-se de uma forma de distribuição de rendas pela iniciativa privada.

Assim supõe-se que as decisões arbitrárias individuais são melhores em relação às coletivas, representadas pelo Poder Legislativo.

Essa idéia, entretanto, é falsa, pois somente o Estado é capaz de proporcionar uma redistribuição de rendas de modo justo e regular, através de uma tributação isonômica, e uma disponibilidade de serviços públicos adequados³².

A tributação é um ônus que o homem sofre ao ingressar em uma sociedade organizada.

É difícil de aceitar porque não possui uma imediata correspondência com a fruição desejada. Para que a tributação seja aceita há necessidade de se afastar a idéia de ser o tributo um mal, e sim sendo a melhor forma de igualar as pessoas.

³²WEISS, Fernando Lemme. *Op. Cit.* P.P. 22/23.

A generalidade, inspirada na isonomia, é o alicerce da tributação de modo a assegurar a igualdade de meios e oportunidades, e não somente de direitos aos cidadãos.

Desta forma, deve ser a forma de se interpretar qualquer norma tributária para não afastar da justiça, e não subtrair de alguns o dever de pagar tributos, que é de todos. Qualquer exceção a este dever deve ser pautada em uma norma ou princípio constitucional, ou em um direito humano pré-constitucional, sob pena de haver uma indevida vantagem fiscal³³.

Dentro desta perspectiva merece repúdio a idéia de privilégio odioso, que significa nas palavras de Ricardo Lobo Torres: “(...) a autolimitação do poder fiscal por meio da Constituição ou da lei formal, consistente na permissão, destituída de razoabilidade, para que alguém deixe de pagar tributos que incidem genericamente sobre todos os contribuintes ou receba, com alguns poucos, benefícios inextensíveis aos demais”³⁴.

No Brasil, há previsão de proibição de privilégios odiosos, na Constituição Federal de 1988, dentre os quais são destacados:

a) no art 150, II, que proíbe o tratamento desigual entre contribuintes que estejam em situação equivalente;

b) art 150, § 6º; na determinação de que qualquer subsídio, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão relativos a impostos, taxas ou contribuições somente pode ser concedido por lei específica, federal, estadual ou municipal;

c) no art 70, que equipara as subvenções às renúncias de receita para efeito de controle de economicidade, legalidade e legitimidade;

d) no art 165, § 6º, com a obrigatoriedade de o projeto de lei orçamentária ser acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito sobre receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária

³³WEISS, Fernando Lemme. *Op. cit.* P.P.24/28.

³⁴TORRES, Ricardo, Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume III. P. 351.

e creditícia;

e) no art 41, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determina a reavaliação de todos os incentivos fiscais de natureza setorial.

Ao se atribuir benefícios a um determinado grupo há prejuízo dos contribuintes, na medida em que suportam os tributos devidos por aqueles.

E atinge também o próprio titular do privilégio, pois este passa a depender do paternalismo estatal em detrimento de sua capacidade empresarial e de iniciativa³⁵.

É importante considerar a prestação tributária como garantia dos direitos fundamentais e repudiar a exigência do Estado de prestações in labore, em lugar do tributo, pois dessa forma se caminha para o Estado Totalitário.

Isso porque, há a transformação dos deveres fundamentais em direitos fundamentais ou em liberdades positivas, como ocorreu nos Estados Socialistas, em que havia unidade entre direitos e deveres fundamentais a ser regulada pelas necessidades sociais objetivas ou pelo desenvolvimento econômico³⁶.

No entanto, mesmos com essas garantias, no Brasil há uma rejeição à tributação em decorrência de ser um país que durante muito tempo conviveu com o regime ditatorial.

Nos regimes autoritários a proliferação de deveres não corresponde a uma correlação de direitos, o que é errado, pois são os direitos que originam os deveres, e isso só se dá em uma democracia.

Assim, os deveres tributários são legítimos à medida que proporcionam uma arrecadação satisfatória para atender aos direitos fundamentais.

É preciso eliminar a evasão fiscal, para que todos que estão em condições de pagar tributos, paguem como um dever fundamental, de modo a possibilitar uma justa arrecadação tributária, cujos re-

³⁵TORRES, Ricardo Lobo. *ibidem* P.P. 352/353.

³⁶TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. P.P. 318/319.

cursos devem ser utilizados para combater a pobreza absoluta.

Não obstante, é importante registrar a concepção de Alejandro C. Altamirano, denominada de “*objeción de conciencia em matéria tributaria*”³⁷. O autor a difere da recusa de cumprimento da obrigação tributária.³⁸

Explica que nessa última os contribuintes se valem de argumentos ilegítimos para não pagar tributos, tais como:

- a) Egoísmo diante das exigências financeiras do Estado, sob o argumento de que os tributos são exigências caprichosas da lei;
- b) Quando há tributação o Estado desconsidera a existência do direito de propriedade;
- c) Má utilização do dinheiro público do dinheiro arrecadado com tributos³⁹.

O autor citado, rebate esses argumentos e sustenta com razão que o contribuinte, nesses casos, deve arcar com o ônus tributário, e exigir do Estado o cumprimento de seus deveres, pois este é o verdadeiro caminho da liberdade e do progresso de um país, que se perde quando se encontra em débito com a sociedade⁴⁰.

No entanto, quando se trata de uma exigência fiscal fundada em uma lei que contraria o Direito Natural com a intenção de prejudicar um determinado grupo de pessoas por razões não tributárias (discriminações raciais, políticas ou religiosas), o contribuinte se exime de pagar tributos pelo princípio da legítima defesa⁴¹.

Nesse caso, sim, incide a *objeción de conciencia em materia tributaria*, como uma forma de protesto moral, não regulado no ordenamento jurídico, mas considerada por alguns juristas como o

³⁷ALTAMIRANO, Alejandro C. *Objeción de conciencia em matéria tributaria in Principípios de Direito Financeiro e Tributário* (Adílson Rodrigues Pires e Heleno Taveira Tórres, organizadores). Rio de Janeiro: Renovar. 2006. P. 473 e seguintes.

³⁸ALTAMIRANO, Alejandro C. *Op. cit.* P.P.473/475.

³⁹ALTAMIRANO, Alejandro C. *Ibidem.* p.p.486/487.

⁴⁰ALTAMIRANO, Alejandro C. *Ibidem.* P.P.487/488.

⁴¹ALTAMIRANO, Alejandro C. *Ibidem.* p.488.

exercício de um direito fundamental⁴².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O imposto como espécie de tributo se harmoniza com os direitos fundamentais na medida em que visa arrecadar recursos dos contribuintes para satisfazer às necessidades voltadas à demanda cidadã.

Deve ser observado o princípio da capacidade contributiva como limite à cobrança tributária, de modo que os que se situam aquém deste princípio devem estar sujeitos à imunidade, configurando autêntica proteção ao mínimo existencial.

Sendo o tributo um dever fundamental, a própria garantia do mínimo existencial depende de uma arrecadação tributária satisfatória.

Sabe-se de antemão que razões conjunturais impedem a plena satisfação do mínimo existencial em sua feição positiva, por exigir prestações do Estado.

Não se pode negar, todavia, que houve avanços, como o crescimento da idéia de direitos humanos, e a superação do positivismo jurídico. Dentro deste contexto, os princípios constituem alicerce fundamental de todo o ordenamento jurídico.

Assim, o ativismo judicial ganha repercussão com decisões que superam a mera legalidade e se fundamentam em princípios constitucionais, explícitos ou implícitos.

Mas, isso somente não basta, há necessidade de uma real consciência dos cidadãos de que a Administração Pública tem como único objetivo satisfazer o interesse público.

Isso é um processo difícil, talvez quase impossível em um país que se acostumou com os privilégios concedidos aos ricos, inclusive de natureza fiscal, ainda que de modo disfarçado como se dá com a constatação feita pelas instituições de pesquisa do alto índice de

⁴²ALTAMIRANO, Alejandro C. *Ibidem*.p.p 475/476.

sonegação dos que mais recursos possuem.

Este processo faz com que a concentração de renda se dê em face de alguns, deixando uma legião de miseráveis, que contam com auxílio do Estado ou de instituições filantrópicas para ter acesso às condições mínimas de sobrevivência, e ainda assim ficam excluídos.

É importante que todos tenham compreensão de que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que qualquer indivíduo, sem exceção, possa ter o direito a uma vida digna.

Desde que, conforme os resultados deste estudo, seja uma determinação política de gestão pública realizar um sistema adequado e efetivo de arrecadação e uma correta aplicação das rendas públicas em políticas públicas sustentáveis, todos terão acesso para atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família.

A culminância desse processo histórico, vincula constitucionalmente que seja um dever do estado e um direito da população, obter uma residência digna, alimentar-se com orientação nutricional, obter uma escolaridade focada em empregabilidade, receber atendimento imediato às questões de saúde, usufruir de oportunidades de lazer, adquirir condições de aquisição de seu vestuário, integrar programas efetivos de higiene e saúde pública, com tratamento de água e esgoto, ter acessibilidade ao transporte de massa e a sustentabilidade responsável da previdência social e assim, realizar com a plena cidadania a consolidação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ALTAMIRANO, Alejandro C. *Objeción de Conciencia em matéria tributaria in Princípios de Direito Financeiro e Tributário* (Adílson Rodrigues Pires/Helena Taveira Tôrres, Organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualizado por Mizabel Abreu Machado Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL - Constituição da República Federativa do Brasil. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Código Comercial, Código Tributário e Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HUGON, Paul. *O impôsto*. 2ª ed. São Paulo: Edições Financeiras SN, 1945.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro. 2ª ed: Renovar, 1999.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da Rosa. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Teoria e Prática das Isenções Tributárias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania na era dos direitos in Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (organiza-

dor).2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume III. *Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WEISS, Fernando Lemme. *Justiça Tributária – As Renúncias, O Código de Defesa dos Contribuintes e a Reforma Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹

Resumo

A interpretação jurídica é um processo de construção de sentidos normativos marcado, inevitavelmente, pela criatividade. O verdadeiro perigo, contudo, é a falta de consistência metodológica do intérprete. O exame das decisões do Supremo Tribunal Federal, concernentes ao Sistema Constitucional Tributário – regras de competência tributária, princípios constitucionais tributários e as imunidades –, revela a atuação do Tribunal, em diferentes oportunidades, metodologicamente inconsistente.

Palavras-chave

Interpretação jurídica. Sistema Constitucional Tributário. Supremo Tribunal Federal. Inconsistência metodológica.

INTRODUÇÃO

Muito se tem escrito, recentemente, sobre a judicialização da política e das grandes questões sociais e do inerente crescimento do papel do Judiciário na vida dos cidadãos em todo mundo e, em particular, dos brasileiros. Um dos fatores desse fenômeno é o quanto constitucionalizada passou a ser a vida das pessoas nos diferentes países que adotaram modelos abrangentes e compromissórios de

¹Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor-Adjunto de Direito Financeiro e Tributário da UERJ. Professor UCAM/FDC. Ex-Assessor de Ministro do STF. Advogado. Membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF, da Sociedade Brasileira de Direito Tributário – SBDT e da *International Fiscal Association* – IFA. Advogado.

constituições. No Brasil, assim tem sido desde a Constituição de 1988. Desde o nosso novo marco constitucional, são evidentes a crescente judicialização e o agigantamento do Judiciário, particularmente, do Supremo Tribunal Federal. Daí a importância, cada vez maior, de estudos sobre como juízes e tribunais, principalmente, o Supremo, vem interpretando e aplicando a Constituição. Há de se exigir consistência metodológica na construção das decisões judiciais, das mais simples às mais relevantes. Assim deve ser em todos os campos do Direito e, ao que interessa para nosso estudo, particularmente, no Direito Tributário.

Este artigo se ocupará da interpretação que o Supremo tem realizado sobre as mais relevantes normas que compõem o Sistema Constitucional Tributário: as competências tributárias, os princípios constitucionais tributários e as imunidades tributárias. O texto será dividido em duas partes e terá a seguinte estrutura: na **Parte I**, dedicada ao estudo da interpretação jurídica em geral, discorro sobre (1) o conceito de interpretação, (2) o objeto da interpretação, (3) quem interpreta, (4) os elementos da interpretação e a ideia de pluralismo metodológico, (5) a distinção entre interpretação extensiva e integração analógica e (6) a interpretação constitucional. Na **Parte II**, voltada ao exame da interpretação do Sistema Constitucional Tributária pelo Supremo, abordo (1) a interpretação tributária em geral, (2) sua evolução de acordo com o surgimento das diferentes Escolas Hermenêuticas e (3) as decisões do Supremo aplicando (3.1) as regras de competência tributária, (3.2) os princípios tributários e (3.3) as imunidades tributárias constantes da Constituição de 1988. Ao final, conclusões.

PARTE I – TEORIA GERAL DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

1. Conceito de interpretação jurídica

Os textos normativos não se aplicam por si sós. Há a necessi-

dade de o intérprete atribuir normatividade a eles. Diante de casos concretos, de situações que exijam a intermediação de normas jurídicas, os enunciados normativos devem ser compreendidos, dimensionados e dirigidos à aplicação concreta. Ao aplicar dispositivos legais, o intérprete realiza “construções de sentidos normativos”², tendo como referência primeira o próprio texto, mas considerando também o contexto de aplicação. A este processo de construção dá-se o nome de interpretação. Interpretação é, portanto, o processo, dirigido à realização concreta do Direito, por meio do qual o aplicador de textos normativos, diante de uma situação que requer a intermediação desses textos, constrói sentidos normativos tendo em conta a estrutura semântica dos enunciados legais, o contexto fático e valorativo envolvido e as possíveis consequências e transformações decorrentes.

Trata-se de *conceito amplo de interpretação*, um que a assume como “qualquer atribuição de significado a uma formulação normativa, independentemente de incertezas e controvérsias”³ quanto aos sentidos dos textos. Afastam-se, com tal proposta, conceitos restritivos, que limitam a necessidade de interpretação exclusivamente aos denominados *casos difíceis*⁴. Os partidários da concepção restritiva defendem que só há interpretação na presença de dúvidas em torno do campo de aplicação do enunciado normativo interpretando, de modo que, nos casos de clareza do texto, a interpretação se apresentaria como desnecessária. Essa concepção parte do pressuposto da existência de enunciados normativos cujos significados são incontroversos ao lado de outros cujos significados são equívocos, sendo que apenas estes últimos exigem interpretação. Evidente

²Sobre a interpretação constitucional, em particular, como “construção constitucional”, cf. WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 2001; BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

³GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 327.

⁴Sobre o conceito de casos difíceis (hard cases), cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 137 et seq.

a defesa das máximas *in claris non fit interpretatio e interpretatio cessat in claris*.

O professor Castanheira Neves demonstra, em três passos argumentativos, o porquê de a concepção restritiva ser inadmissível. Primeiramente, afirma ser impossível a nível linguístico porque os termos jurídicos nem sempre são de linguagem comum e, mesmo quando assim ocorre, a utilização desses termos em um contexto jurídico não deixa “intocado o seu sentido comum”⁵. Diz ser errada a nível exegético porque os sentidos dos textos legais não podem ser construídos de forma gramaticalmente isolada, e sim, a partir da *interação dialética (circularidade hermenêutica)* entre o elemento gramatical (o texto em si) e os elementos transtextuais, ou seja, tudo o que coloca o texto em relação com outros textos, a fim de se alcançar uma *unidade significativa*⁶. Segundo Castanheira Neves, é com os elementos transtextuais “que se lê (juridicamente) o texto”, o que revela a insuficiência do elemento gramatical para assimilação dos sentidos jurídicos⁷.

Por fim, a concepção restritiva é, para Castanheira Neves, inaceitável a nível normativo. Segundo o professor português, a exigência de interpretação não decorre apenas da obscuridade das leis ou da distância comunicativa entre o texto legal e o seu destinatário,

⁵Crítica similar pode ser encontrada em VIOLA, Francesco, ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto**. 5ª ed. Bari: Laterza, 2004, p. 116-117: “De fato, se nós nos perguntarmos quando uma norma jurídica é clara, não podemos fazer menos que responder que não é imaginável uma norma que não tenha necessidade de alguma interpretação, pelo simples motivo de que para compreender e aplicar essa norma é necessário previamente interpretá-la. Até nos casos denominados ‘fáceis’, ou seja, quando a inclusão de um determinado caso no campo aplicativo de uma certa norma aparece relativamente indiscutível, o pressuposto é sempre representado pela interpretação e pela decisão relativa ao significado mais apropriado a atribuir ao texto. Quando se sustenta que *in claris non fit interpretatio*, se confunde o ponto de chegada com o ponto de partida: (...) a clareza é o resultado de um procedimento intelectual, que é precisamente o procedimento interpretativo” (tradução livre)

⁶Para a noção de elementos transtextuais, cf. GENETTE, Gérard. **Paratextos Editoriais**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2009.

⁷NEVES, Antonio Castanheira. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 16 et seq.

e sim, principalmente, da necessidade da concreta “realização normativa do direito” diante dos casos-problema a serem solucionados. Há que se dar valor ao *fundamento normativo* da interpretação, ou seja, à circunstância de ser por meio da interpretação dos textos legais, em um contexto problemático, que o Direito adquire *normatividade*. Segundo o autor, a interpretação seria pressuposto necessário do próprio cumprimento da finalidade do Direito: seria “o momento metodológico-normativo da realização do direito”⁷.

O fundamento normativo da interpretação, defendido por Castanheira Neves, nos remete à ideia desenvolvida tanto por filósofos da hermenêutica, como Hans-Georg Gadamer, como por dogmáticos, como Ricardo Guastini: o processo de interpretação como aplicação do Direito. Para Guastini, sempre que um enunciado normativo for *aplicado*, mesmo nos casos mais simples, é porque ele foi necessariamente *interpretado*. Daí afirmar que interpretar é “pressuposto necessário da aplicação”⁸. Segundo Hans-Georg Gadamer, enquanto “compreender é sempre interpretar e, em consequência, a interpretação é a forma explícita da compreensão”, devemos “dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não só o da compreensão e interpretação, senão também o da aplicação”: “uma lei não pode ser entendida historicamente senão que a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. [...] Compreender é sempre também aplicar”⁹.

Em síntese, casos fáceis ou difíceis requerem interpretação. Claro que, em um *continuum* entre esses extremos, haverá uma graduação quanto às possibilidades hermenêuticas criativas do intérpre-

⁷Idem, p. 27-29.

⁸GUASTINI, Riccardo. **Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione**. Op. cit., p. 327.

⁹GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Vol. I. 10ª ed., Salamanca: Sígueme, 2003, p. 378-380. Para o filósofo alemão, as pré-compreensões do intérprete cumprem o papel inicial de conhecimento no que chamou de “círculo hermenêutico”. No mesmo sentido, o ministro Eros Grau, **Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed., 2003, p. 31, argumenta que “interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. (...) a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. (...) Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário.”

te. Muitos textos normativos, máxime os constitucionais, contém enunciados vagos, imprecisos, fluídos, carentes de valoração. Nesses casos, é de se observar a impossibilidade de a interpretação/aplicação dos textos decorrer de processos mecânicos, puramente silogistas de compreensão e formulação de normas jurídicas. Esse cenário, ainda mais se considerada a interpretação como atividade prática voltada à solução de controvérsias do mundo real, implica inevitável grau de criatividade construtiva do intérprete. O processo é mesmo de construção de significados normativos, e não meramente de revelação¹⁰.

O Direito, cada vez mais, é “chamado” a intermediar a solução de casos moral e empiricamente complexos¹¹. Tanto sob a ótica estrutural, como axiológica e empírica, revela-se não poder a interpretação, ante a complexidade dos casos e dos textos normativos, resumir-se a meros processos de subsunção. Técnicas de interpretação e decisão contemporâneas largamente utilizadas deixam isso muito claro: interpretação conforme a Constituição, sentenças manipulativas, aditivas, ponderação, concordância prática e outras compõem uma gramática moderna da interpretação marcante da, digamos, coautoria do intérprete, mormente o judicial, na construção da ordem jurídica¹². Essa faceta criativa da interpretação im-

¹⁰Sobre o “pensamento orientado a valores” na interpretação jurídica, cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406 e seq. Para Larenz, é de toda duvidosa a defesa do sistema normativo como sistema puro e abrangente de conceitos abstratos, isento de contradições, que podem ser obtidos a partir de “conhecimentos valorativamente isentos” e “por intermédio apenas de operações lógicas”. Para o autor, desempenham importante papel também “os pontos de vista valorativos”.

¹¹Sobre a crescente judicialização dessas questões mais relevantes, cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado** Vol. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 71-91; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995; GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 81-98; HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

¹²Para um debate amplo sobre o uso dessas técnicas na interpretação jurídica em geral e,

plica consequências político-constitucionais dramáticas. Acusações de ativismo judicial, de atuação judicial como legislador positivo, de ilegitimidade democrática dos juízes e cortes, de violação da separação de poderes são todas relacionadas ao estágio atual da interpretação jurídica, em especial, da interpretação constitucional¹³.

Sob o ângulo descritivo, a criatividade interpretativa consiste em fenômeno inegável. Sob o prescritivo, esse estágio de coisas sofre muitas críticas¹⁴, inclusive para o Direito Tributário. Como atividade prática, voltada à solução de controvérsias, muitas vezes envolvidos dilemas dramáticos, a criatividade acaba sendo inerente ao próprio processo de interpretação/realização do Direito. Muitas vezes, enunciados normativos são aplicados a partir de elevado grau de criatividade construtiva do intérprete. Dogmáticos lançam severas acusações de arbítrio e negação do Estado de direito. É um dos debates jurídicos mais relevantes da atualidade. Todavia, como aponto neste texto, mais perigosa que a criatividade é a falta de consistência metodológica do intérprete, revelada pelo uso seletivo de critérios de interpretação e causadora de insegurança jurídica e violação à isonomia. Essa inconsistência, como abordo na Parte II, está presente na aplicação, pelo Supremo, de nosso Sistema Constitucional Tributário.

2. O objeto da interpretação jurídica

Os textos normativos são interpretados, enquanto as normas jurídicas são o resultado dessa interpretação. Disso decorre que, de um mesmo texto ou enunciado, pode-se ter mais de uma norma. E

especialmente, na interpretação constitucional, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹³Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁴Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale**. Milão: Giuffrè, p. 262 et seq; VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

uma única norma pode vir a ser construída a partir de mais de um enunciado. Aliás, uma determinada norma pode ser extraída não de um ou mais enunciados específicos, mas do sistema normativo como um todo. É o que a doutrina norte-americana chama de “argumentação estrutural” (*structural reasoning*) no âmbito da interpretação constitucional: os significados constitucionais são derivados da estrutura da Constituição em si mesma, e não de enunciados específicos¹⁵. Essas conclusões decorrem da distinção ontológica entre “enunciado normativo” – o fragmento do texto a ser interpretado – e “norma jurídica” – o comando normativo resultado do processo de interpretação do texto normativo. Há de se ter em conta essa distinção para o fim de identificar-se, realisticamente, como ocorre o processo unitário de interpretação/aplicação do Direito.

A teoria analítica da interpretação não deixou escapar essa diferença. Para Riccardo Guastini, o *texto normativo* é o objeto da interpretação, enquanto o *conteúdo de significado* do texto é a *norma*, o produto da atividade interpretativa: “diremos ‘disposição’ todo enunciado pertencente a uma fonte do direito”; “diremos ‘norma’ (não a disposição mesma, mas o seu conteúdo de sentido) o seu significado, que é uma variável dependente da *interpretação*”¹⁶. O texto interpreta-se e aplica-se em seu contexto fático, político e social, em uma relação de reciprocidade entre enunciado normativo e realidade social. O texto normativo é o ponto de partida da interpretação e da aplicação, mas não encerra o seu próprio significado, muito menos as condições necessárias para a sua efetividade. A mesma ideia pode ser encontrada em Friedrich Müller:

¹⁵Cf. BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 16-204. O caso mais clássico de argumentação estrutural nos Estados Unidos inaugurou a prática da *judicial review*: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Na histórica decisão, o *Chief Justice* John Marshall afirmou o poder espetacular da *judicial review* para a Suprema Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele. Marshall extraiu tal possibilidade da natureza e dos propósitos da Constituição, e não dos significados normativos dos dispositivos do texto constitucional.

¹⁶GUASTINI, Riccardo. **Le Fonti del Diritto e L’Interpretazione**. Op. cit., p. 325

A nova direção que tem tomado a hermenêutica jurídica tem levado a destacar (...) a realidade fundamental da diferença entre norma e texto da norma. O teor literal de uma prescrição de Direito positivo resulta ser tão-só a ‘ponta do iceberg’. (...) Tampouco o ‘conteúdo’ de uma prescrição jurídica, isto é, os *impulsos ordenadores, reguladores e modeladores* que procedem dela (porque publicados, comunicados, transmitidos, aceitos e obedecidos), se encontra ‘presente’ substancialmente no teor literal. Nem pode formular-se por este a não ser de modo simplesmente linguístico, nem representar-se senão à maneira própria da linguagem”.¹⁷

Com relação à interpretação constitucional, Friedrich Müller diz que a norma jurídica constitucional “não é nenhum ‘juízo hipotético’ que possa isolar-se do âmbito de sua regulação” ou que possa se sobrepor “por via de autoridade à realidade de fato”. A realização dessas normas envolve sempre elementos “normativos” e “empíricos”, de modo que a concretização do Direito Constitucional não pode pressupor “Direito” e “realidade” como “duas entidades subsistentes por si mesmas e independentes uma da outra. A ordem e o ordenado por ela são momentos ativos, com eficácia por princípio equivalente, de um concretizar a norma, e só até certo ponto podem distinguir-se entre si”¹⁸. Tal perspectiva ratifica o conceito de interpretação desenvolvida no tópico anterior: a produção de normas jurídicas é uma construção do intérprete, a partir do texto interpretado, tendo em conta o campo normatizado e seus elementos constitutivos.

Assumir a distinção ontológica entre texto e norma, definindo o primeiro como objeto da interpretação, e a segunda como seu resultado, possui duas consequências importantes e impactantes: uma

¹⁷MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional**. Trad. de Salvador Gómez de Arce y Catalina. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 235-237.

¹⁸Idem, p. 243.

de ordem metodológica, que confirma o caráter criativo da interpretação – dentro de diferentes possibilidades semânticas oferecidas pelo texto, o intérprete deve construir o sentido normativo mais adequado ao sistema e às circunstâncias concretas; outra de natureza político-institucional – assenta-se a importância diferenciada do papel do intérprete, máxime o judicial, para o desenvolvimento e realização da ordem jurídica. E mais: em se tratando de interpretação constitucional, inclusive, do Sistema Constitucional Tributário, surgem polêmicas em torno da aproximação entre Direito e Política como implicação “indesejada”¹⁹.

3. Quem interpreta

Quando o assunto é “quem interpreta”, a maior preocupação é com juízes e cortes, o que é condizente com a ideia de interpretação como pressuposto do processo de aplicação dos enunciados normativos. A preocupação é ainda maior ante o dogma da interpretação judicial como “última palavra”. Seria o intérprete judicial, ao resolver casos concretos, o único personagem dos processos de concretização dos enunciados normativos em normas jurídicas? No Brasil, em matéria infraconstitucional, caberia ao Superior Tribunal de Justiça a última palavra? Em matéria constitucional, ao Supremo Tribunal Federal? A discussão em torno da última palavra suscita as possibilidades de mudança da jurisprudência dos Tribunais Superiores por meio de leis e emendas constitucionais no que convencionou-se chamar de “diálogos constitucionais”²⁰. Vale afirmar, a partir

¹⁹MCf. GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. **Annual Review Political Science** Vol. 8, 2005, p. 425-451; TUSHNET, Mark. **In the Balance. Law and Politics on the Roberts Court**. New York: W. W. Norton & Company, 2013; GEYH, Charles Gardner. (Ed.) **What’s Law got to do with it?** Stanford: Stanford Law and Politics, 2011.

²⁰A ideia da interpretação judicial como “última palavra” é vinculada à defesa da supremacia judicial, e consiste na concepção de as decisões judiciais serem o último e definitivo momento de definição dos significados constitucionais, não deixando espaço para outros poderes oferecerem entendimentos ou desenvolvimentos diversos sobre o tema. Para uma crítica à noção de “última palavra”, cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fun-**

dessa doutrina, que também há importantes desenvolvimentos dos significados normativos fora dos Tribunais, inclusive em matéria tributária.

A doutrina reconhece haver a figura da “interpretação autêntica”, levada a efeito pelo legislador por meio de leis interpretativas²¹. No Brasil, causou muita controvérsia o exame da Lei Complementar nº 118, de 2005, e sua disciplina acerca do prazo de prescrição para repetição de indébito. Depois de anos de decisões de Turmas, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça havia consolidado a matéria no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 435.835/SC²². Assentou a aplicação geral da tese dos “cinco mais cinco”, segundo a qual o prazo de cinco anos de prescrição para pedido de repetição de indébito ou de compensação de pagamentos indevidos começaria a contar, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, apenas depois de realizada a homologação expressa ou de decorrido o prazo de cinco anos, contado da data do fato gerador, necessário para a homologação tácita. Conjugou os artigos 150, § 4º e 168, inciso I, do CTN.

Foi então promulgada a mencionada lei complementar na qual, em seu artigo 3º, foi estabelecido que o prazo de prescrição deve ser contado da data do pagamento indevido, independentemente de ulterior homologação expressa ou tácita, afastado o prazo de “cin-

damentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; DEVINS, Neal; FISHER, Louis. **The Democratic Constitution.** New York: Oxford University Press, 2004; FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues.** Princeton: Princeton University Press, 1988; FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review** Vol. 91 (4), 1993, p. 577-658; BARKOW, Rachel E. More Supreme than Court? **Columbia Law Review** Vol. 102 (1), 2002, p. 237-336; BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review** Vol. 71 (3), 2006, p. 1.109-1.180. No Direito Tributário, cf. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Direito Tributário e Diálogo Constitucional.** Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

²¹Sobre a interpretação autêntica no Direito Tributário, cf. VANONI, Ezio. **Natura ed Interpretazione delle Leggi Tributarie.** Padova: CEDAM, 1932, p. 288 et seq.

²²STJ – 1ª S., EREsp.435.835/SC, acórdão redigido pelo ministro José Delgado, DJ 04/06/2007.

co mais cinco”. Na parte final do artigo 4º da lei complementar, foi previsto que esta nova regra possui caráter interpretativo e, por isso, como preconiza o artigo 106, inciso I do CTN, deve alcançar atos e fatos pretéritos, incluídos não apenas os pagamentos indevidos realizados antes de sua entrada em vigor, mas também os processos em curso e os já julgados. Tratou-se, sem dúvida, de tentativa do legislador complementar, por meio de interpretação autêntica, “corrigir retroativamente” a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²³.

A proposta foi rechaçada, primeiramente, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, que recusou o caráter interpretativo da norma para afirmá-la como regra nova pura e simples. A Corte Especial do Tribunal acolheu, por unanimidade, arguição de inconstitucionalidade do referido artigo 4º, na parte em que determinou a aplicação retroativa do artigo 3º. Para os ministros, estava presente não só violação à independência dos poderes, mas também à garantia do direito adquirido, do ato jurídico e da coisa julgada, especificações da proibição da retroatividade da lei gravosa²⁴. Depois, foi a vez de o Supremo assentar a inconstitucionalidade. Segundo consta da ementa elaborada, “a aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça”²⁵.

Essas decisões demonstram o quanto tênue é a linha que di-

²³TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358: para Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência dos Tribunais Superiores “importa em profunda transformação do equilíbrio entre os poderes do Estado, com a superação da doutrina de que o Judiciário só pode ser objeto de autocontrole (*judicial self-restraint*)”.

²⁴STJ – Corte Especial, AI nos EREsp 644.736/PE, relator ministro Teori Zavascki, DJ 6/6/2007.

²⁵STF – Pleno, RE 566.621/RS, relatora ministra Ellen Gracie, j. 4/8/2011, DJ 11/10/2011.

ferencia interpretação autêntica e inovação legislativa²⁶. Ao regulamentar e executar leis, o Poder Executivo também interpreta. Considerada a natureza da matéria tratada, deve-se, inclusive, dar maior deferência à atividade administrativa de interpretação ante a expertise e capacidades institucionais diferenciadas dos órgãos e agentes técnicos de governo²⁷. O tema é importante ante as controvérsias que têm surgido em torno do uso de decretos e portarias para completar a valoração legal de alíquotas e bases de cálculo de certas contribuições previdenciárias. A participação da Administração Pública na aplicação das leis sempre levanta questionamentos quanto à violação da cláusula constitucional da reserva formal de lei, mormente, em matéria tributária, quanto ao princípio da legalidade tributária e a versão mais aguda da tipicidade tributária.

Na Alemanha, Peter Häberle falou em comunidade aberta dos intérpretes, o que significa que todos, em alguma medida, realizam interpretação²⁸. Há os defensores, nos Estados Unidos, do “constitucionalismo popular”, como Larry Kramer e Mark Tushnet, que clamam pela interpretação da Constituição fora da Suprema Corte daquele país: a interpretação deveria ser devolvida ao povo e aos seus representantes eleitos²⁹. Já os defensores do “constitucionalis-

²⁶Sobre a controvérsia exposta, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. O art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, princípio da irretroatividade e lei interpretativa. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Helene Taveira. (Org.) **Princípios de Direito Financeiro e Tributário. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 737-759.

²⁷Sobre o tema da interpretação e das capacidades institucionais, cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper** No. 156, 2002. Sobre a interpretação administrativa no Direito Tributário, cf. NOVELLI, Flávio Bauer. A Propósito da Interpretação Administrativa do Direito Tributário. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) **Temas de Interpretação no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 57-84.

²⁸HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007, p.264: “[...] nos processos da interpretação constitucional estão incluídos potencialmente todos os órgãos do Estado, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e os grupo. Não há um numerus clausus de intérpretes da Constituição”; cf. também HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da constituição”**. Porto Alegre: Safe, 1997.

²⁹Diante de ameaças às conquistas liberais da chamada Era Warren, Mark Tushnet propôs

mo democrático”, como Jack Balkin, Robert Post e Reva Siegel, apontam processos de “mudança constitucional” (*constitutional changing*) como interação interpretativa entre juízes e cortes, agentes políticos e movimentos sociais, presente evolução da interpretação constitucional como resultado das transformações culturais e da opinião pública, motivadas pelas lutas e deliberações desses movimentos sociais, sobre os temas políticos e morais mais complexos³⁰. Há quem diga que a opinião pública tem grande influência sobre a interpretação constitucional³¹. Gustavo Zagrebelsky e Rui Medeiros falaram em “opinião pública constitucional”³².

Com efeito, muitos são os intérpretes possíveis dos textos legais e constitucionais. Todavia, a maior relevância prática cabe mesmo ao intérprete judicial, que realiza o processo de aplicação da ordem

emenda constitucional que retirasse das cortes o poder da *judicial review*, de modo que o direito constitucional saísse das mãos de advogados e juízes e ficasse apenas “nas mãos do *people themselves*” – TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 175-182; a emenda: “The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court.” Larry Kramer também defendeu a ideia de que o povo deve ser o titular de fato da palavra final sobre os significados constitucionais, e não as cortes. Contudo, ele não pediu o fim da *judicial review*, apenas da prática de *supremacia judicial* ou mesmo de *exclusividade judicial* – a condição da Suprema Corte como titular da *palavra final* ou mesmo da *única palavra* sobre os significados da Constituição – Cf. KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

³⁰Cf. BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Op. cit.; POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review** Vol. 42, 2007, p. 373-433.

³¹MARSHALL, Thomas R.. **Public Opinion and the Rehnquist Court**, New York: Suny, 2008; BASSOK, Or. The Sociological-Legitimacy Difficulty, **Journal of Law & Politics** Vol. 26, 2011, p. 239-272; WOOD, Jane L.; GANNON, Theresa A. (Ed.) **Public Opinion and Criminal Justice**. Portland: Willian Publishing, 2009; ROESCH, Benjamin J. Crowd Control: The Majoritarian Court and the Reflection of Public Opinion in Doctrine. **Suffolk University Law Review** Vol. 39, 2006; WILSON, James G. The Role of Public Opinion in Constitutional Interpretation. **Brigham Young University Law Review**, 1993, p. 1.037-1.138; EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Does Public Opinion influence the Supreme Court? Possibly Yes (but we’re not sure why). **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law** Vol. 13 (2), 2010, p. 263-281.

³²ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1988; MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

jurídica para resolver conflitos fáceis e difíceis. Por este motivo, e sendo fiel ao conceito de interpretação desenvolvido no primeiro tópico, este texto terá por objeto final problematizar a interpretação judicial, praticada pelo Supremo Tribunal Federal, do Sistema Constitucional Tributário, condenando, particularmente, o uso seletivo dos elementos de interpretação.

4. Os elementos da interpretação jurídica e o pluralismo metodológico

Em todo estudo sobre teoria geral da interpretação jurídica, devem ser abordados os elementos tradicionais da interpretação: o literal (gramatical), o sistemático, o histórico e o teleológico. O elemento literal é o ponto de partida da interpretação jurídica e, ao mesmo tempo, o limite possível da interpretação³³. Esse elemento requer a atenção do intérprete ao sentido possível do texto interpretado. Para além desse limite, não se tem mais interpretação, e sim integração. Todavia, diante da fluidez, vagueza e indeterminação de muitos enunciados normativos, principalmente, os constitucionais, o critério literal se apresenta absolutamente incapaz de proporcionar, isoladamente, a interpretação adequada. Sem embargo, o só uso do elemento literal pode proporcionar, em diversas situações, uma pluralidade de normas jurídicas possíveis a partir de um único enunciado normativo, a ponto de haver a absoluta discricionariedade do intérprete na escolha de uma dessas normas possíveis, o que retiraria toda a objetividade do processo de interpretação. Resta, então, reconhecer a sua insuficiência.

O elemento sistemático requer que o intérprete, ao construir significados normativos, dê aos enunciados sentidos que não rejeitem validade a outras normas de mesma hierarquia. O intérprete deve harmonizar o sistema normativo: deve fazer com que haja concordância material entre as normas. Este elemento é fundamental

³³LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Op. cit., p. 485.

para a interpretação de uma constituição como a nossa, detalhista e compromissória. Todavia, o elemento sistemático, assim como o literal, também não se apresenta como critério que possa governar, isoladamente, o processo de interpretação. A acomodação sistêmica de normas, particularmente, as que envolvem, direta ou indiretamente, direitos fundamentais, não é capaz, por si só, de resolver conflitos quando presente a superposição entre esses direitos.

Com o elemento histórico, o intérprete “busca subsídios para a interpretação jurídica na vontade do legislador. Examina-se a *occurso legis*, as razões que motivaram a edição de um ato normativo, a exposição de motivos e os debates parlamentares, com o objetivo de perquirir a intenção do legislador em relação a determinada questão. O trabalho do intérprete no uso desse elemento se assemelha ao do historiador”³⁴. Nos Estados Unidos, associada à abordagem histórica do direito constitucional, tem-se o movimento hermenêutico denominado de “originalismo”. Foi Edwin Meese III quem introduziu, no conjunto de críticas à Suprema Corte norte-americana, a ideia de “jurisprudência da intenção original” dos *founding fathers* como única prática legítima de interpretação da Constituição³⁵. Segundo Meese, os juízes devem ser “guiados pelo texto [da Constituição] e por seu sentido original”³⁶. Robert Bork e Antonin Scalia, o primeiro, já falecido, o segundo, juiz da Suprema Corte, são os mais conhecidos defensores da prática interpretativa³⁷. O elemento histórico pode cumprir papel auxiliar, complementar na interpretação.

Por fim, o elemento teleológico, muito importante para a interpretação de princípios constitucionais e direitos fundamentais, re-

³⁴LSOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 413.

³⁵Cf. MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. **Tulane Law Review** Vol. 61 (5), 1987, p. 979-990.

³⁶MEESE III, Edwin. Toward a Jurisprudence of Original Intent. **Harvard Journal of Law & Public Policy** Vol. 11 (1), 1988, p. 10.

³⁷BORK, Robert. **The Tempting of America. The political seduction of the law**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990, p. 155-158; SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. **University of Cincinnati Law Review** Vol. 57 (3), 1989, p. 849-865.

quer do intérprete a consideração dos fins visados pelo dispositivo interpretado. Não obstante a indiscutível importância do elemento teleológico, este também não está credenciado a funcionar como critério único para proporcionar decisões seguras acerca dos significados normativos, especialmente, dos enunciados constitucionais. Ademais, a ação do intérprete em definir quais são as finalidades visadas por normas específicas, especialmente, as de direitos fundamentais, sem considerar os elementos literal e sistemático, pode implicar um agir amplamente discricionário, seletivo, resultando em subjetividade intolerável.

A inviabilidade de qualquer dos elementos da interpretação governar, sozinho, o processo de aplicação do direito tem por consequência lógica a recusa da preponderância apriorística dos mesmos. Deve prevalecer a noção de “pluralismo metodológico”: a inter-relação entre os critérios de interpretação, cabendo pesos distintos a cada um a depender do caso concreto, mas devendo o intérprete sempre buscar que esses se apoiem reciprocamente³⁸. Karl Larenz, recusando a preponderância *a priori* de um elemento sobre os demais, defendeu a inter-relação entre esses de forma a permitir que casos sejam resolvidos “de modo metodologicamente adequado”. Para tanto, seria necessário observar-se uma ordem procedimental de interpretação:

- (i) o ponto de partida deve ser o exame do *sentido literal* do dispositivo interpretado, de forma a serem fixados tanto os sentidos iniciais quanto os limites da interpretação;
- (ii) depois, a análise do *contexto significativo da lei*, imprescindível para a compreensão dos significados específicos de termos ou frases no contexto textual. Neste estágio, ao dispositivo específico deve ser dado o sen-

³⁸LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Op. cit., p. 488.

tido que garanta a concordância material entre normas de um mesmo contexto normativo. Trata-se do exame de uma disposição normativa em sua relação com outras. Segundo Larenz, “ao sentido literal possível e ao contexto, cabe, nestes termos, sobretudo uma função delimitadora. Adentro dos limites assim traçados são, com frequência, possíveis várias interpretações. Então são decisivos, antes do mais, os critérios teleológicos”;

(iii) assim, presentes margens a diferentes interpretações, deixadas pelas fases anteriores, “há-de preferir-se aquela interpretação que melhor se ajuste à *intenção reguladora* do legislador e ao *escopo* da norma em causa. Tem-se, assim, a interpretação histórico-teleológica;

(iv) por fim, deve o intérprete recorrer aos “critérios teleológico-objectivos”, ou seja, “às estruturas materiais do âmbito da norma e, por outro lado, os princípios jurídicos imanentes ao ordenamento jurídico”. Para Larenz, o intérprete deve sempre dar preferência aos sentidos normativos por meio dos quais “se evite uma contradição de valoração adentro do ordenamento jurídico”, devendo interpretar as normas segundo a “medida” oferecida pelos princípios constitucionais³⁹.

Karl Larenz traça, desse modo, um processo de interpretação/aplicação no qual os diferentes critérios de interpretação se inter-relacionam e apoiam-se reciprocamente, observada uma sequência procedimental iniciada pela delimitação do sentido possível do enunciado interpretado – elementos textuais e contextuais – e seguida da avaliação histórica e objetivamente teleológica do preceito. O resultado deve ser, sempre, de uma norma que possa valer-se

³⁹Idem, p. 484-487.

perante os princípios constitucionais. Caso contrário, a ausência de validade do enunciado se impõe. Para Larenz, este procedimento assegura uma escolha coerente, não arbitrária dos critérios de interpretação. Trata-se de procedimento no qual o intérprete “esgota todas as possibilidades de alcançar um resultado metodologicamente assegurado” e, por esse motivo, pode-se afirmar legítima a interpretação⁴⁰. No lugar de escolhas apriorísticas e arbitrárias de critérios de interpretação, tem-se o emprego plural, ordenado e reciprocamente apoiado desses critérios.⁴¹

5. Interpretação extensiva e integração analógica

Vale ressaltar uma importante problematização do processo de interpretação: a sua relação complexa com a prática da integração. A interpretação, não raramente, levanta preocupações com a construção de sentidos que vão além dos limites semânticos possíveis dos textos normativos. Para além desses limites, ocorre a prática da integração. Interpretação e integração não são as mesmas coisas, embora o segundo pressuponha o primeiro. Para integrar, deve-se, antes, interpretar. Enquanto a interpretação se dá dentro dos limites do texto interpretado, com a integração tem-se decisão para além do texto interpretado, suprindo lacunas identificadas no campo de normação. Não obstante, há de se reconhecer a dificuldade em dividir a interpretação extensiva e a integração analógica.

Sem embargo, nem sempre é claro quando se está diante de hipótese de interpretação extensiva ou quando é o caso de uma extensão analógica. Para o Direito Tributário, a distinção é de elevado grau de importância, pois a primeira é permitida, enquanto a se-

⁴⁰Idem, p. 488-489.

⁴¹Sobre o uso do pluralismo metodológico na interpretação das normas tributárias, cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. Op. cit., p. 153-170; RIBEIRO, Ricardo Lodi. A interpretação da lei tributária na era da Jurisprudência dos Valores. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) **Temas de Interpretação no Direito Tributário**. Op. cit., p. 331-368.

gunda é vedada para efeito de imposição de tributos. Lobo Torres chega a falar da impossibilidade dessa distinção. Segundo o Mestre, “inexiste fronteira clara entre a extensão dos sentidos possíveis da letra da lei e a complementação além daqueles sentidos. Ninguém sabe dizer com segurança onde termina a expressividade dos conceitos jurídicos utilizados pelo legislador e onde começa o vácuo normativo suscetível de preenchimento”⁴². Em se tratando de preceitos vagos e indeterminados, a dificuldade aumenta. Para Karl Engisch, “aceita-se em todo o caso que a linha de fronteira entre a aplicação do Direito *secundum legem* e o preenchimento de lacunas *praeter legem* se torna pouco nítida nas cláusulas gerais e nas cláusulas discricionárias”⁴³. Ricardo Guastini, no entanto, esforçou-se para delimitar as fronteiras entre as duas práticas:

Conceitualmente, não é impossível traçar uma distinção entre aplicação analógica e interpretação extensiva, remetendo a primeira aos métodos de integração do direito e a segunda aos métodos interpretativos verdadeiros e próprios. Uma coisa é decidir o significado de uma disposição, outra é construir uma ‘disposição’ (apócrifa) inexistente. Se faz interpretação extensiva quando se estende o significado de um termo ou de uma locução além de seu significado literal mais imediato. Se faz aplicação analógica quando se aplica uma norma a um caso que se reconhece como excluído do seu campo de aplicação: isso, como se viu, não é coisa diversa de elaborar uma norma nova⁴⁴.

Como será abordado mais adiante, o tema da integração ana-

⁴²TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Op. cit., p. 120.

⁴³ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 281.

⁴⁴GUASTINI, Riccardo. *Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione*. Op. cit., p. 441.

lógica tem grande importância, para o Direito Tributário, quando envolvido o controle de constitucionalidade de benefícios fiscais concedidos com violação à isonomia. A questão alcança as possibilidades de uso das sentenças aditivas em matéria tributária para o fim de, como destacou Guastini acima, “se aplica[r] uma norma a um caso que se reconhece como excluído do seu campo de aplicação”. Ou seja, para o fim de estenderem-se benefícios fiscais a contribuintes excluídos em violação ao princípio da isonomia tributária.

6. Interpretação constitucional: ponderação e proporcionalidade

Por fim, deve-se destacar a relevância da interpretação constitucional. Considerado o amplo trato da matéria tributária na Constituição de 1988, a interpretação constitucional ganha importância diferenciada para o Direito Tributário brasileiro. Como visto nos tópicos anteriores, a interpretação é exigida em toda e qualquer atividade de concretização do Direito, independentemente do grau de problemática dos casos e do caráter equívoco ou inequívoco dos enunciados normativos. Essa circunstância é ainda mais especial quando se trata da “interpretação constitucional”, espécie do gênero interpretação jurídica. Assim, a interpretação constitucional deve ser realizada por meio dos elementos tradicionais desenvolvidos acima, com as dificuldades agravadas pelas particularidades decorrentes do objeto da interpretação – o texto constitucional.

A prática da interpretação constitucional, mediante o uso desses critérios tradicionais, deverá observar o caráter compromissório das normas constitucionais, muitas vezes tratando de interesses contraditórios; com a presença maior de enunciados expressivos de princípios, objetivos e valores; com a superioridade normativa e axiológica, o caráter fundamente e a pretensão de máxima efetividade dos preceitos constitucionais, principalmente, aqueles que prescrevem os direitos fundamentais. Ante tal estrutura normativa, é comum que o intérprete se depare com conflitos envolvendo

propósitos e direitos opostos estabelecidos em normas de igual hierarquia. Trata-se de antinomias normativas que, muitas vezes, os elementos tradicionais, nem mesmo o sistemático e o teleológico utilizados conjuntamente, podem resolver. A fim de compatibilizar essas disposições constitucionais, a doutrina tem proposto as técnicas da ponderação e da proporcionalidade.

A ponderação foi desenvolvida, primeiramente, pelo Tribunal Constitucional alemão: no famoso caso *Lüth*⁴⁵, para alguns, a *Marbury* alemã⁴⁶, para outros, “um golpe de estado metodológico”⁴⁷. Tratou-se de litígio particular entre Eric Lüth, alemão e judeu, e Veit Harlan, cineasta alemão divulgador dos ideários nazistas e de mensagens de ódio aos judeus durante a II Guerra. A questão envolveu saber se o bem-sucedido boicote do primeiro aos filmes não nazistas e pós-II Guerra do segundo configurou exercício lícito de “liberdade de expressão” ou ação ilícita que sujeitava o “infrator” ao dever de indenizar o cineasta boicotado. O Tribunal de Hamburgo julgou ter sido o boicote ato contrário aos “bons costumes” e que isso justificava o dever de indenização nos termos do § 826 do Código Civil Alemão. O Tribunal Constitucional, por sua vez, reverteu o julgado porque considerou a decisão do Tribunal de Hamburgo uma “limitação à liberdade de expressão” de Lüth.

O Tribunal Constitucional afirmou que o sistema de direitos fundamentais da Lei Fundamental é “uma ordem objetiva de valores”, “centrada na dignidade da pessoa humana”, que requer prestações positivas do Estado para sua realização. Essa ordem de valores, para o Tribunal Constitucional, promove um *efeito de irradiação* dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica, importando no dever de se interpretar todos os ramos do Direito em conformidade com os *princípios constitucionais* que expressam esses direitos

⁴⁵*Lüth*, 7 Bverf GE 198 (1958).

⁴⁶ROBERTSON, David. **The Judges as Political Theorist**. *Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 48.

⁴⁷CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlert e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003, p. 44.

(*constitucionalização do direito*). Para o Tribunal Constitucional, o Tribunal de Hamburgo teria falhado em focar apenas os interesses econômicos de Harlan, ao passo que a dimensão de princípio dos direitos fundamentais impunha o dever de sopesar esses interesses diante da liberdade de expressão de *Lüth*. Para a Corte Constitucional, “o erro fatal do [Tribunal de Hamburgo] em *Lüth* foi a falha em engajar adequadamente no processo de ponderação”⁴⁸.

Segundo os juízes do Tribunal, conflito dessa natureza “exige que o juiz considere todas as circunstâncias do caso individual”, pois “uma incorreta ponderação dos fatores pode violar um direito fundamental e prover a base para uma reclamação constitucional”. O Tribunal Constitucional, em substituição ao modelo de subsunção para a solução de casos mais complexos, ponderou os interesses envolvidos e, depois de sopesá-los, concluiu ter mais importância, especificamente para o caso concreto, o direito fundamental de livre expressão de *Lüth*. A ponderação de interesses mostrou-se então uma ferramenta metodológica útil e mesmo necessária para a solução equilibrada dos conflitos cruciais entre princípios constitucionais. A partir de *Lüth*, o processo de adjudicação constitucional passou a ter na ponderação um paradigma do discurso de justificação das decisões envolvendo conflitos dramáticos entre direitos fundamentais⁴⁹ e isso não só na Alemanha, mas também em diversos outros países.

A ponderação compõe a estrutura do *princípio da proporcionalidade*, outra ferramenta decisória inerente à concepção dos direitos

⁴⁸KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997, p. 368.

⁴⁹Na Alemanha, talvez o mais importante desenvolvimento doutrinário da ponderação como *princípio de aplicação* do Direito seja de Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: CEPC, 2002, p. 157 et seq. Mais recentemente, Robert Alexy, *The Dual Nature of Law*, *Ratio Juris* Vol. 23 (2), 2010, p. 174, deu um passo mais a frente em seu dimensionamento do papel da ponderação e, no âmbito de sua *concepção dualista do Direito*, defendeu que a ponderação é “uma parte da natureza do direito” na medida em que cumpre um papel “não apenas na criação e aplicação do direito, ou seja, na prática jurídica, mas também no próprio fundamento do direito”, *i.e.*, a ponderação é também um *princípio de legitimação*.

fundamentais como princípios constitucionais. A Corte Constitucional alemã tem aplicado o teste da proporcionalidade, para solucionar colisões entre princípios, subdividindo-o em três subprincípios: (1) o da *adequação* – requer que a medida restritiva seja apta para produzir a proteção do bem jurídico que motiva a restrição; (2) o da *necessidade* – requer a inexistência de um meio de restrição do direito mais ameno para alcançar o mesmo fim; (3) o da *proporcionalidade em sentido estrito* – um exame de ponderação entre o bem ou direito restringido e o bem ou direito que se quer favorecer com a restrição, e que Robert Alexy⁵⁰ propõe seja feito em três partes: (3.1) a avaliação do grau de não-satisfação, afetação ou intervenção de um dos direitos ou bens; (3.2) a avaliação da importância da satisfação do direito ou bem colidente; por fim, (3.3) a avaliação se a importância da satisfação do direito colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro direito⁵¹.

O estudo da ponderação e da proporcionalidade é importante para o Direito Constitucional brasileiro e, em particular, para o Direito Tributário porque o Supremo Tribunal Federal faz uso dessas técnicas de interpretação, em especial, da proporcionalidade, inclusive quando envolvido o Sistema Constitucional Tributário⁵². Na parte seguinte deste artigo, abordo a interpretação desse Sistema pelo Supremo Tribunal Federal sob o ângulo da maior ou menor consistência metodológica do Tribunal na interpretação das regras de competência tributária, dos mais importantes princípios constitucionais tributários e das imunidades tributárias.

⁵⁰ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional** Vol. 66, 2002, p. 37-49.

⁵¹Sobre o uso do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão, cf. os comentários sobre o *caso Lebach*, 35 BVerfGE 202 (1973) em, entre outros, KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Op. cit., p. 416-420.

⁵²Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

PARTE II – INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

1. A interpretação tributária

Não se admite mais a antiga concepção de uma interpretação *diferenciada* do Direito Tributário em relação às demais disciplinas jurídicas, vigorando, há tempo, a ideia de a interpretação do Direito Tributário ser igual a qualquer outra (interpretação), “contendo apenas algumas particularidades em decorrência da estrutura de suas normas, mas não da especificidade dos seus métodos”⁵³. Em obra clássica sobre o tema, publicada, originalmente, em 1932, o Mestre italiano Ezio Vanoni apontou que, àquela época, a doutrina mais influente negava o uso dos métodos usuais de interpretação das leis em geral à interpretação das leis tributárias, sob o argumento de uma *natureza particular* das normas tributárias que exigiam fossem as mesmas “entendidas e aplicadas segundo métodos particulares”⁵⁴. Vanoni descreveu três métodos particulares, firmados ao longo da história:

(i) *in dubio contra fiscum* – tendo vigorado desde a Antiguidade Clássica até a Modernidade no século XIX, esse método pregava que as leis tributárias, na hipótese de falta de clareza de seus textos, deveriam ser entendidas sempre no sentido mais favorável aos contribuintes. A consideração do *caráter odioso do tributo*, o sentimento popular da tributação como sendo uma espécie de *espoliação estatal*, limitadora dos direitos individuais e, portanto, incompatível com a noção então vigente de liberdade, conduziam à afirmação de a ausência de clareza das leis tributárias não poder servir como meio de agravar ainda mais as liberdades individuais. Justificava-se, assim, a interpretação mais favorável ao contribuinte na hipótese de dúvidas quanto ao significado dos textos legais de imposição dos

⁵³TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Op. cit., p. 52-53.

⁵⁴VANONI, Ezio. *Natura ed Interpretazione delle Leggi Tributarie*. Op. cit., p. 2.

tributos⁵⁵;

(ii) *em favor do Fisco* – em oposição à orientação anterior e tendo sido elaborada quase no mesmo período, porém, com menor afirmação, esta teoria insinuava que as leis tributárias, em razão da própria natureza e função do tributo, deveriam ser interpretadas e aplicadas em favor do ente tributante, de modo que se assegurasse que todos contribuíssem para o financiamento do cumprimento das necessidades públicas⁵⁶;

(iii) *interpretação restritiva das leis tributárias* – esta teoria intermediária, embora tenha mantido a ideia de não aplicação dos métodos de interpretação das leis em geral, afirmava que as leis tributárias não deveriam ser aprioristicamente interpretadas a favor do Fisco ou do contribuinte. Em razão da natureza dessas leis, a interpretação dever-se-ia dar “de modo rígido e, nos casos de dúvidas, restritivamente”. Isso significava que a imposição tributária somente deveria ocorrer segundo as “hipóteses claramente previstas pelas leis”, não podendo ser estendida “por meio de argumentações lógicas e de aplicações analógicas aos casos não expressamente indicados pela própria norma”. Assim deveria ser porque as leis tributárias eram tidas como limitadoras de direitos, como exceções às regras gerais do Direito, ou como leis especiais⁵⁷.

Vanoni contestou o caráter odioso do tributo no Estado Moderno e demonstrou que as leis tributárias não se diferenciam das outras espécies de leis, inseridas que estão no Direito comum, mais precisamente, no Direito Público, nada tendo, portanto, de *especial* ou *excepcional*. Com tais premissas, o autor italiano defendeu fossem afastadas quaisquer concepções apriorísticas de interpretação das leis tributárias. Propôs o uso dos critérios comuns da interpretação em geral para o processo de aplicação das normas tributárias, devendo ser feitas apenas algumas adaptações necessárias tendo em vista particularidades decorrentes do conteúdo das relações tri-

⁵⁵Idem, p. 5-27.

⁵⁶Idem, p. 28-31.

⁵⁷Idem, p. 32-33.

butárias, como exigência metodológica para o alcance do escopo comum de qualquer atividade interpretativa⁵⁸. A partir da obra de Ezio Vanoni, prevaleceu a ideia, hoje comum, que “a interpretação do Direito Tributário não apresenta especificidade que a afaste da interpretação de outros ramos do Direito”⁵⁹. Ezio Vanoni deixou importante legado: o erro em se afirmarem critérios apriorísticos para a interpretação das normas tributárias.

2. Evolução da interpretação tributária

A interpretação das leis tributárias evoluiu segundo as diferentes Escolas Hermenêuticas, formadas ao longo dos anos⁶⁰: a Jurisprudência dos Conceitos, dos Interesses e dos Valores⁶¹.

2.1. A Jurisprudência dos Conceitos

Vinculada ao modelo liberal e legalista de Estado, a Jurisprudência dos Conceitos foi marcada pela preponderância dos métodos literal e sistemático, este último com sentido puramente lógico-dedutivo, sobre os demais. A interpretação dar-se-ia simplesmente por subsunção, haja vista a crença na completude do ordenamento como sistema de conceitos claros e inequívocos. Próprias desse pensamento são as ideias de legalidade estrita e tipicidade cerrada vinculadas ao ideal de segurança jurídica. Na Jurisprudência dos

⁵⁸Idem, p. 157-158.

⁵⁹TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. Op. cit., p. 48. Lobo Torres, todavia, não admite que eventuais particularidades do Direito Tributário justifique a elaboração de regras especiais para a interpretação das normas tributárias.

⁶⁰Sobre a evolução da interpretação tributária conforme as Escolas da Interpretação, cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. A interpretação da lei tributária na era da Jurisprudência dos Valores. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) **Temas de Interpretação no Direito Tributário**. Op. cit., p. 331-368; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 600-606.

⁶¹Sobre essas escolas hermenêuticas, cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. cit., p. 21-260.

Conceitos, prevalecia o princípio da legalidade tributária sobre a capacidade contributiva, vedado o uso da analogia. A liberdade do contribuinte deveria sobrepor-se à isonomia tributária. Os conceitos tributários, por sua vez, eram subordinados ao Direito Civil. Como se verá adiante, este modo de pensar se faz presente na interpretação pelo Supremo das regras de competência tributária.

2.2. A Jurisprudência dos Interesses

A Jurisprudência dos Interesses, surgida em reação à dos Conceitos, vincula-se ao modelo de Estado do Bem Estar Social. Era marcada pela preponderância do método teleológico sobre os demais, haja vista a finalidade de tutela de interesses. Importava perquirir os objetivos perseguidos e os interesses tutelados em detrimento a sentidos possíveis do texto interpretado. Tal pensamento pressupunha a existência de lacunas normativas. Seu reflexo no Direito Tributário implicou a busca pela capacidade contributiva sobre a segurança da legalidade, sendo amplamente autorizado o uso da analogia para a cobrança de tributos. Foi nesse ambiente que surgiram, na Alemanha, a interpretação econômica do fato gerador e, na Itália, a interpretação funcionalista dos tributos. A ideia subjacente era a da preponderância apriorística da substância econômica sobre a forma. Poderia ser ignorada a forma jurídica adotada pelos contribuintes para que fossem alcançados, pela norma tributária, os fins econômicos perseguidos.

2.3. A Jurisprudência dos Valores

Com a obra já diversas vezes citadas do alemão Karl Larenz, passou a ser aplicada à interpretação do Direito a Jurisprudência dos Valores. Relacionada ao modelo democrático e inclusivo de Estado, esse pensamento, focado na aproximação entre Ética e Direito e na ideia de Justiça, não reconhece prioridade a nenhum dos ele-

mentos da interpretação. Prevalece a ideia, já analisada, de “pluralismo metodológico”, própria para a interpretação de constituições dotadas de catálogo de direitos fundamentais. Como observado por Luís Eduardo Schoueri, na Jurisprudência dos Valores, “não cabe buscar a prevalência de um ou outro método de interpretação; a escolha entre critérios (sistemático ou teleológico, por exemplo), passa a depender da ponderação dos princípios jurídicos diante do bem a ser protegido em cada caso”⁶².

A influência da Jurisprudência dos Valores sobre a interpretação das leis tributárias é algo ainda em movimento. O intérprete deve buscar a tributação justa ao melhor conciliar os valores em jogo: segurança, liberdade e justiça. A legalidade só pode ser legítima se observada a capacidade contributiva, devendo o equilíbrio entre esses princípios ser alcançado pelo procedimento de apoio recíproco entre todos os critérios de interpretação, auxiliado pelas técnicas da ponderação e da proporcionalidade. A consistência metodológica é exigência do pluralismo metodológico, e essa só se alcança se o intérprete se abster de dar preferência *a priori* a algum elemento da interpretação, como ocorria nas Eras dos Conceitos e dos Interesses. A ideia de Justiça Tributária depende, para ser concretizada, dessa atuação consistente do intérprete, da observância do procedimento interpretativo ordenado e apoiado na inter-relação entre os critérios tradicionais.

Considerando o caráter fundante e estruturante dos enunciados constitucionais tributárias em nossa ordem jurídica, a consistência metodológica na aplicação dessas normas é condição da própria legitimidade de nosso Sistema Tributário Nacional. É dessa prática que passo a me ocupar, destacando a ausência de consistência metodológica em diferentes casos.

3. A interpretação do Sistema Constitucional Tributário

Como se sabe, no Brasil, o constituinte teve uma atenção, sem

⁶²SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. Op. cit., p. 603.

paralelo no mundo, com a matéria tributária. Há enorme extensão da disciplina constitucional sobre tributos. Isso não é novo. Em relação à ordem constitucional anterior, o saudoso professor Geraldo Ataliba já dizia, com pequena dose de exagero, que o Sistema Tributário brasileiro estava todo plasmado na Constituição⁶³. A amplitude do trato constitucional dos temas tributários ainda aumentou com a Constituição de 1988. Com efeito, a interpretação dos enunciados constitucionais sobre a atividade tributária é de grande relevância para o fim de balizar nosso Sistema Tributário. Com isso, cresce de importância o momento no qual o Supremo Tribunal Federal aplica as regras de competência tributária, os princípios constitucionais tributários e as imunidades tributárias.

Sem embargo, a solução dos conflitos tributários mais relevantes requer a interpretação da Constituição, especialmente, dos enunciados normativos que compõem o Sistema Constitucional Tributário. A Constituição de 1988 contém extenso rol de regras e princípios sobre os tributos: a distribuição de competências tributárias – artigos 144, 147, 148, 149, 149-A, 153, 154, 155, 195, 239 e 240; os princípios constitucionais tributários – artigos 145, § 1º, 150, incisos I a V, 151, 152, 153, §§ 2º, inciso I, 3º, incisos I e II, 4º, inciso I, 155, § 2º, inciso I, 156, § 1º, inciso I; e as imunidades tributárias – artigos 149, § 2º, inciso I, 150, inciso VI, 153, §§ 3º, inciso III, 4º, inciso II, 155, § 2º, inciso X, 156, § 2º, inciso I, 195, § 7º. Passo a avaliar a interpretação do Supremo relativa a alguns desses dispositivos constitucionais.

3.1. A interpretação das regras de competência tributária

O constituinte, originário e derivado, realizou uma repartição de competências tributárias, ou seja, promoveu uma distribuição, entre os entes federados, de “autorizações” para que estes instituísem tributos. Com a delimitação dessas competências tributárias,

⁶³Cf. ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.

buscou-se assegurar autonomia financeira a essas pessoas políticas. Daí por que ser tão importante a tarefa de interpretação harmonizante dessas regras, de forma que se impeça que determinado ente invada a esfera de atuação legislativa reservada a outro. No caso dos impostos e de algumas contribuições especiais, o constituinte “antecipou” as materialidades econômicas passíveis de tributação, distribuindo as competências a partir de conceitos a respeito dessas materialidades. Como os casos demonstram, o Supremo tem interpretado, em geral, de forma bastante estrita essas regras de competência, retirando boa parte da liberdade de conformação do legislador ordinário. O trabalho do Supremo, nesses casos, aproxima-se da prática defendida na Jurisprudência dos Conceitos.

3.1.1. O caso do ISS sobre locação de bens móveis

O Supremo, no Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, relator ministro Octávio Gallotti, acórdão redigido pelo ministro Marco Aurélio⁶⁴, assentou a não incidência do Imposto Sobre Serviços – ISS sobre as atividades de locação de bens móveis. O relator votou pela incidência, argumentando que, em não ocorrendo a transferência de propriedade do bem, não pode haver a incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Daí que, como não pudesse ser a vontade do legislador complementar a desoneração completa da operação, deveria ser interpretado o Decreto-Lei nº 406, de 1968, no sentido da incidência do “único imposto que poderia abranger a referida atividade”, o ISS. O ministro Marco Aurélio, forte no conceito de serviços constante do artigo 156, inciso III, da Carta da República, divergiu para afastar a tributação pelo ISS.

Segundo suas palavras, não seria possível confundir noções tão diversas: “a relativa à prestação de serviços, em si, e a inerente à

⁶³STF – Pleno, RE 116.121/SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, acórdão redigido pelo Min. Marco Aurélio, j. 11/10/2000, DJ 25/5/2011.

locação de bem móvel”. O ministro, no que foi acompanhado pela maioria, defendeu fosse dada interpretação estrita ao enunciado constitucional da competência tributária dos municípios, de modo que conceito de serviço deveria ser o do Código Civil. Este conceito de Direito Privado teria adquirido natureza constitucional ao ser estabelecido no artigo 156, inciso III, devendo ser aplicada a regra interpretativa do artigo 110, do Código Tributário Nacional, segundo o qual o legislador tributário “não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal”. Como a locação envolve uma “obrigação de dar”, e não uma “obrigação de fazer”, não poderia ser enquadrado no conceito de “serviços”. Ausente, portanto, qualquer previsão constitucional de incidência do imposto municipal sobre locações.

Esta orientação foi consolidada por meio da edição da Súmula Vinculante nº 31⁶⁴, segundo a qual “é inconstitucional a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”. Prevaleceu a noção constitucional estrita de serviços. A crítica que deve ser feita é a de a maioria o Tribunal ter se limitado ao uso do elemento gramatical para assentar a inexigibilidade do imposto. Foi desprezado o elemento sistemático considerada a ausência de previsão de outro imposto, de titularidade de outro ente federativo, sobre a atividade de locação, bem como o teleológico considerado o alcance da tributação a pessoas dotadas de capacidade contributiva como as empresas que promovem a locação de bens móveis, no caso concreto, locadora de guindastes. Faltou consistência metodológica.

3.1.2. O caso da contribuição sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos

No campo do custeio da Seguridade Social, há diversos exem-

⁶⁴Aprovada em 4 de fevereiro de 2010, DOU de 17/2/2010.

plos nos quais o Supremo deu peso quase que exclusivo ao elemento literal na interpretação das regras de competência tributária. O caso da contribuição sobre as remunerações de “empresários, trabalhadores avulsos e autônomos” merece destaque. O artigo 3º, inciso I, da Lei 7.787/89, e o artigo 22, inciso I, da Lei 8.212/91, redações originárias, estabeleceram a contribuição social do artigo 195, inciso I, da Constituição de 1988, sobre salários e sobre as remunerações pagas a empresários, trabalhadores avulsos e autônomos. Contudo, como o dispositivo constitucional, originalmente estabelecido, apenas previa a incidência da contribuição sobre a folha de salários⁶⁵, o Supremo declarou a inconstitucionalidade das outras incidências⁶⁶.

Para a maioria da Corte, sem previsão constitucional em “sentido vernacular”, a tributação da remuneração dos empresários, avulsos e autônomos configurou “nova fonte de custeio da Seguridade Social”, o que só poderia ter sido estabelecida mediante lei complementar (artigo 195, § 4º). Pouco tempo depois, no molde legislativo preconizado pelo Supremo, foi editada a LC nº 84, de 18/01/1996, instituindo as incidências tributárias declaradas inconstitucionais. Em 1998, veio a EC 20/98, expandido as hipóteses de incidência do artigo 195, inciso I, da Carta, “vernacularmente” para além da “folha de salários”, permitindo, assim, o que o Supremo havia vetado: a disciplina dessas “novas” fontes de custeio da Seguridade Social por meio de lei ordinária. A noção de prática própria da Jurisprudência dos Conceitos fica bem clara no seguinte trecho do voto vencedor, do ministro Marco Aurélio:

Então, cabe perquirir sobre o alcance do inciso I do artigo 195, no que cogita das contribuições sociais devidas pelos empregadores incidentes sobre a “folha de

⁶⁵Artigo 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – dos empregadores, incidente sobre a **folha de salários**, o faturamento e o lucro”

⁶⁶STF – Pleno, RE 166.772/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/05/1994, DJ 16/12/1994.

salários”. Questiona-se [...] se a alusão a contribuição devida pelos empregadores, tendo em vista a folha de salários, engloba o que pago a administradores e autônomos. De início, lanço a crença na premissa de que o conteúdo político de uma Constituição não pode levar quer ao desprezo do sentido vernacular das palavras utilizadas pelo legislador constituinte, quer ao técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito.

[...]

Realmente, a flexibilidade dos conceitos, o câmbio do sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria Carta que, realmente, é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes não são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contornos jurídicos.

[...]

O inciso I do artigo 195 cuida não de remuneração, não de folha de pagamentos, mas de folha de salários. Creio que ninguém ousa caminhar no sentido da aplicação do que se contém, sob o ângulo do salário, a consubstanciar garantia, no artigo 7º da Constituição Federal, a administradores e autônomos.

Ao agarra-se ao sentido vernacular da expressão “folha de salários” contida na regra de competência tributária, o Supremo julgou inconstitucional o estabelecimento de contribuição sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos, porque essa espécie de “remuneração” não poderia ser equiparada à figura do salário, grandeza econômica tributável segundo a Constituição. Não obstante, ignorou que o sistema tributário seja regido pelos princípios da isonomia e da capacidade contributiva e, especificamente, o sistema de custeio à seguridade social pelo princípio da

solidariedade. A Corte negou deferência à capacidade do legislador ordinário de dimensionar esse sistema ao alcance desses princípios e permitiu que o “salário” de empregados fosse tributado enquanto a “remuneração” de advogados, contadores, etc., ou o “pró-labore” de empresários estivessem fora do alcance da contribuição. Tudo isso a partir de interpretação bastante literal e conservadora do significado de salário.

A conclusão, que se repete considerando outros casos como o da COFINS sobre receitas financeiras e das contribuições ao Funrural, é a de o Supremo estar dando peso maior e apriorístico ao elemento literal quando da interpretação das regras de competência tributária em detrimento do exame sistêmico e teleológico em face das demais normas constitucionais sobre a matéria, principalmente, dos princípios constitucionais tributários que devem informar a tributação.

3.2. A interpretação dos princípios constitucionais tributários

O poder tributário, ao menos em um Estado democrático de direito, não pode ser exercido de forma ilimitada – ele sofre restrições em razão da legitimidade intrínseca do autoconsentimento, da liberdade e da igualdade. Essas “limitações ao poder de tributar” foram veiculadas na Constituição de 1988 por meio de, entre outras, normas conhecidas como “princípios constitucionais tributários”, expressivas de direitos fundamentais e de elementos fundantes e estruturantes do Estado. Não haverá exercício legítimo de competência tributária quando este afrontar os fins e propósitos fundamentais encerrados nos princípios constitucionais tributários. Segundo as palavras do ministro Celso de Mello, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 712/DF⁶⁷:

Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre

⁶⁷STF – Pleno, ADI 712/DF, relator ministro Celso de Mello, j. 7/10/1992, DJ 19/2/1993.

representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições.

Este tópico se ocupara da interpretação e aplicação conferida a alguns desses princípios pelo Supremo. Especificamente em relação aos princípios: da legalidade tributária (artigo 150, inciso I); da irretroatividade tributária (artigo 150, inciso III, alínea “a”); da anterioridade tributária (artigos 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, e 195, § 6º); da isonomia tributária (artigo 150, inciso II); e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

3.2.1. Legalidade tributária

O princípio da legalidade tributária consiste em princípio formal que dirige o meio de o Estado instituir ou majorar tributos. Nada diz quanto ao conteúdo dos deveres tributários, e sim quanto aos instrumentos normativos necessários e obrigatórios para sua normatização. Representa exigência democrática da tributação, no sentido de a imposição fiscal apenas ser legítima se consentida pelos próprios destinatários (“*no taxation without representation*”), assim como expressão da segurança jurídica, em última análise, do próprio Estado de direito. Em ambos os casos, traduz-se em diretriz liberal em face da ordem estatal – condição, ainda que insuficiente, de liberdade na relação entre Administração Pública e contribuintes.

Em nosso ordenamento constitucional, foi positivado no artigo 150, inciso I, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem “lei”

que o estabeleça. A referência deve ser considerada à lei em sentido formal, ou seja, fruto da atuação política do Poder Legislativo, via de regra, ordinária⁶⁸, com caráter geral e abstrato. Importante controvérsia quanto à aplicação do princípio surge em razão do grau de densidade normativa, no tocante à disciplina dos elementos e deveres tributários, que satisfaça a exigência constitucional. O desafio lançado ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete judicial da Constituição, é saber se ele está atento a considerações sistêmicas e teleológicas tendo em conta a matéria regulada e a expertise diferenciada dos órgãos envolvidos, ou se fica preso a concepções conservadoras e estáticas sobre o princípio da legalidade tributária.

O tema, da delegação ao Executivo para que este explicitie conteúdos indeterminados ou *standards* estabelecidos na lei de imposição tributária por razão de maior expertise e flexibilidade normativa em comparação ao próprio legislador, foi colocado no badalado “caso SAT”. O Supremo, em sua decisão, veio a mitigar posição antiga favorável ao que a doutrina costumou a chamar de “tipicidade tributária cerrada”, segundo a qual na lei formal não deveriam apenas constar os elementos da obrigação tributária, e sim a prescrição taxativa, rigorosa e exauriente desses elementos de modo a nada restar de liberdade de conformação ao Executivo quando do exercício de seu poder regulamentar.

A contribuição ao SAT foi estabelecida pelo artigo 22, inciso II, da Lei 8.212/91, sendo o fato gerador a remuneração dos segurados empregados e trabalhadores avulsos, a base de cálculo, o total dessas remunerações pagas ou creditadas no decorrer do mês. As alíquotas foram previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* a serem aplicadas de acordo com o “grau de risco de acidente de trabalho” presente na atividade preponderante do contribuinte. Foi definida a alíquota de 1% para a hipótese de risco ambiental leve de trabalho, 2%, risco médio, e 3%, risco grave. A norma legal, no entanto, não realizou o

⁶⁸Há hipóteses em que a Constituição requer a edição de lei complementar para a instituição de tributos: empréstimos compulsórios (artigo 148), impostos residuais (artigo 154, inciso I), e novas fontes de custeio da Seguridade Social (artigo 195, § 4º).

enquadramento dos diversos segmentos empresariais na escala de riscos, nem tampouco definiu o que seriam riscos leve, médio ou grave, ou mesmo atividade preponderante.

Ante a presença de tais conceitos indeterminados, ficou a cargo do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, com base em estatísticas de acidente de trabalho, realizar os enquadramentos necessários assim como alterá-los quando verificadas modificações no quadro fático correspondente (§ 3º, do artigo 22). A delegação, explícita e implicitamente prevista na lei, ao Executivo para definição derradeira quanto à aplicação das alíquotas suscitou intenso debate acerca de possível inconstitucionalidade por afronta ao princípio da legalidade tributária. Por não ter sido explicitado no aludido artigo 22 os critérios para definição do que são “atividade preponderante”, riscos “leve”, “médio” ou “grave”, a norma legal foi acusada de inconstitucional por não observar a tipicidade tributária.

O Supremo declarou a constitucionalidade da previsão do SAT, concluindo ter a norma legal impugnada definido todos elementos da obrigação tributária e admitindo pudesse o Poder Executivo expedir atos normativos a fim de explicitar os conceitos indeterminados e, em última análise, delimitar a tributação das empresas sujeitas à contribuição considerada a potencialidade de cada setor econômico a produzir acidentes de trabalho. Segundo o relator, ministro Carlos Velloso, “a norma primária, pois, fixou os padrões e, para sua boa aplicação em concreto, cometeu ao regulamento as atribuições necessárias”. Destacou a necessidade de coleta de dados empíricos para a correta aplicação dos parâmetros previstos na lei, tarefa adequada à capacidade do Executivo.⁶⁹ Prevaleceu o exame sistêmico e teleológico.

O tema dos limites à delegabilidade legislativa ante o princípio da legalidade tributária voltou ao debate no Supremo na apreciação

⁶⁹STF – Pleno, RE 343.446/SC. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20/3/2003, DJ 04/04/2003. O tema teve a repercussão geral reconhecida no RE 684.261/PR, relator ministro Luiz Fux, j. 14/6/2012, DJ 1º/7/2013, tendo a maioria dos ministros, no Plenário Virtual, se recusado a confirmar a jurisprudência anterior.

do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.476/DF, envolvida a Portaria nº 1.135/2001, do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), por meio da qual foi definida a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal devida pelas empresas que contratam trabalhadores autônomos para os serviços de frete, carreto e transporte de passageiros. Por meio da Portaria, foi majorada a base de cálculo antes estipulada, provisoriamente, no artigo 201, § 4º, do Decreto nº 3.048/99: de 11,7% do total do preço cobrado pelos serviços para 20%. No recurso interposto, argui-se a violação ao princípio da legalidade.

Nos citados atos infralegais, foi realizada a modificação da base de cálculo prevista no inciso III do artigo 22, da Lei 8.212/91 – em vez do total da remuneração, um percentual desse valor –, por ter a Administração Pública reconhecido as particularidades dos serviços de frete, carreto e transporte de passageiros em comparação aos demais serviços prestados por autônomos. Na composição do preço do transporte, incluem-se custos que vão muito além da atividade humana propriamente dita, tais como combustível, lubrificante, desgaste e manutenção dos veículos, pneus, etc. No Decreto nº 3.048/99, o percentual de 11,7% era apenas provisório, tendo o Chefe do Executivo delegado expressamente ao MPAS a tarefa de estabelecer o percentual definitivo, o qual foi fixado em 20% do total do preço do serviço cobrado.

Embora tenham reconhecido as particularidades envolvendo os serviços de transporte, os ministros do Supremo afirmaram a inconstitucionalidade da modificação da base de cálculo por meio da Portaria e, em tese, também por meio do Decreto. Neste sentido, são esclarecedoras as palavras do ministro Gilmar Mendes:

Não obstante o justo motivo que levou a Administração a editar esses atos normativos infralegais para definir o que deve ser considerado efetivamente remuneração percebida pelos trabalhadores autônomos por fretes,

carretos e transporte de passageiros, é imperioso perceber que houve alteração da base de cálculo da contribuição, em manifesta afronta ao princípio da legalidade. Assim, tanto o Decreto nº 3.048/1999 como a Portaria 1.135/2001 são inconstitucionais.

De fato, é preciso que haja conformação do conceito de remuneração recebida pelos trabalhadores autônomos por fretes, carretos e transporte de passageiros, em razão das peculiaridades desses ofícios, entretanto tal providência deve decorrer de lei em sentido formal.

Condicionada pelas balizas do pedido formulado no recurso, a maioria do Tribunal limitou-se a assentar a inconstitucionalidade da Portaria, mas deixando claro que os motivos determinantes da decisão implicariam também ser o Decreto inconstitucional. O ministro Marco Aurélio, redator do acórdão, chegou a dizer que “se pudéssemos ir adiante, fugindo aos limites da lide, declararíamos a inconstitucionalidade do decreto, mas não podemos”. Vê-se que o vício apontado não se restringiu a incompatibilidade da Portaria com o Decreto, como aduzido no recurso, e sim alcançou todo o complexo normativo infraconstitucional em confronto com o princípio da legalidade⁷⁰. Sem ignorar as singularidades de cada caso, o presente julgamento representou um afastamento em certa medida do precedente no “caso SAT”.

3.2.2. Irretroatividade tributária

O princípio da irretroatividade, como o da anterioridade, abordado no tópico seguinte, expressa a liberdade por meio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito. Ele está previsto

⁷⁰STF – Pleno, ROMS 25.476/DF, relator ministro Eros Grau, acórdão redigido pelo ministro Marco Aurélio, j. 22/5/2013, DJ 26/5/2014.

no artigo 150, inciso III, alínea “a”, da Constituição, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”. Significa dizer: a norma constitucional impõe ao legislador que, ao criar ou majorar tributo, alcance apenas os fatos futuros, ou seja, aqueles que ocorrerem após o início da vigência da lei tributária respectiva. Lei que venha a alcançar fatos pretéritos à sua vigência, para fins de incidência tributária, será inconstitucional por ferir o princípio da irretroatividade.

Mas como identificar o alcance retroativo da lei tributária? Como conciliar segurança jurídica e liberdade de conformação do legislador? Sem qualquer sombra de dúvidas, é o Imposto de Renda o tributo que mais suscita controvérsias quanto ao princípio da irretroatividade tributária. Tendo em vista o caráter complexivo do fato gerador do imposto – a aquisição de renda –, o qual não se revela de forma instantânea, e sim como conjunto de fatos sucessivos ocorridos dentro de período de tempo legalmente definido, surgem diversos questionamentos acerca da aplicação no tempo de leis que majoram a alíquota do imposto, criam novos e mais onerosos critérios de apuração, reduzem deduções e compensações. A questão a saber é se essas leis devem ser publicadas antes do, ou se podem ser veiculadas durante o ano no qual se inicia e se completa o fato gerador do imposto.

Paradigma dessa problemática é a orientação da Súmula nº 584, do Supremo, segundo a qual “ao Imposto de Renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”⁷¹. Nos extraordinários que serviram de fundamento para a confecção do Verbetes⁷², o Tribunal, envolvidas controvérsias quanto ao imposto devido

⁷¹STF – Pleno, Súmula nº 584, sessão de 15/12/1976, DJ 3/1/1977.

⁷²STF – 2ª T., RE 74.594/GB, relator ministro Xavier de Albuquerque, j. 26/2/73, DJ 21/3/73; STF – 2ª T., RE 80.250/GB, relator ministro Xavier de Albuquerque, j. 10/12/74, DJ 14/2/75; STF – 2ª T., RE 80.620/RJ, relator ministro Xavier de Albuquerque, j. 6/5/75, DJ 28/5/75.

por magistrados, privilegiou a distinção entre ano-base e ano-exercício, ou seja, entre o ano de ocorrência do fato gerador e o de declaração e cumprimento da obrigação, para assentar não configurar retroatividade inconstitucional a aplicação da norma vigente no ano-exercício, que fora publicada durante o ano-base, em relação ao fato gerador iniciado e encerrado nesse mesmo ano-base⁷³.

O Supremo debateu a possibilidade de superação da Súmula nº 584 no caso do Imposto de Renda sobre exportações incentivadas. Por meio do inciso I do artigo 1º da Lei 7.968, de 28 de dezembro de 1989, foi majorada a alíquota do imposto, antes estabelecida no patamar de 6% como benefício fiscal em favor das exportações, para o percentual de 18%. No *caput* do artigo constava que a majoração deveria ser aplicada ao imposto do ano-base de 1989, a ser pago em 1990. Os contribuintes arguíram que tal aumento não poderia alcançar o fato gerador relativo ao ano-base de 1989, haja vista a publicação da lei no fim do mês de dezembro de 1989. Tal incidência imediata violaria a segurança jurídica por representar tributação retroativa. Em suma, estava em jogo a superação absoluta, e não apenas recortes da Súmula nº 584.

A 1ª Turma do Supremo, no Recurso Extraordinário nº 194.612/SC, em 24 de março de 1998, assentou que a aplicação imediata da majoração, alcançando o fato gerador aperfeiçoado em 31 de dezembro de 1989, dois dias após a publicação da Lei 7.968, não viola o princípio da irretroatividade tributária⁷⁴. Dois meses depois, a matéria foi levada ao Pleno pelo ministro Carlos Velloso, no Recurso Extraordinário nº 183.130/PR. Seu voto foi proferido em 20 de maio de 1998 e, explicitamente, afirmou a inconstitucionalidade do aumento para o ano-base de 1989. Segundo o relator, ante a dificul-

⁷³Sobre o erro dessa orientação, cf. QUEIROZ, Luís Cesar de Souza. Imposto sobre a renda, os princípios da irretroatividade e da anterioridade e a Súmula 584 do STF. In: GOMES, Marcos Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten. **Sistema Constitucional Tributário. Dos fundamentos teóricos aos *hard cases* tributários**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 79-98.

⁷⁴STF – 1ª T., RE 194.612/SC, relator ministro Sydney Sanches, j. 24/3/1998, DJ 8/5/98.

dade de se seccionar o fato gerador do imposto de renda, por ser este complexo, deve prevalecer a maior garantia ao contribuinte, o que implica a aplicação da lei nova apenas aos fatos ocorridos no ano seguinte”.

O ministro Nelson Jobim pediu vista, e apresentou o voto oito anos depois, em 15 de março de 2006. Apontou que o raciocínio de Velloso implicava a superação da Súmula nº 584, o que ele não admitia ante ao que chamou de “colossal coleção de julgamentos” do Supremo aplicando o “histórico” Verbete, presente, portanto, “pacífico entendimento”, não havendo razões para superação. Contudo, seguiu a conclusão do relator quanto a não permitir a aplicação do aumento ao ano-base de 1989, só que por fundamento diverso: neste caso, estava em jogo a utilização extrafiscal do imposto de renda. Como a redução da alíquota do imposto para 6% havia sido feita, anteriormente, como incentivo às exportações, a majoração ainda durante o ano-base “quebra[ria] o liame básico da confiança que deve nortear as relações comerciais”. Equivaleria a “alterar a promessa que fez em forma de incentivo fiscal”.

O ministro Nelson Jobim adotou a irretroatividade para o caso concreto, ou seja, ante a particularidade da situação, mas não como regra geral. O julgamento foi encerrado apenas em 25 de setembro de 2014, com a maioria seguindo o voto do ministro Nelson Jobim, mantendo em vigor o entendimento da Súmula nº 584, mas assentando a inconstitucionalidade da aplicação retroativa no caso concreto em razão da função nitidamente extrafiscal” do imposto. Importante destacar que alguns ministros, no entanto, sinalizaram a possibilidade de superação da Súmula. O ministro Marco Aurélio votou explicitamente para afastar Súmula, ao passo que Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, apesar de acompanharem o voto vencedor de Nelson Jobim, demonstram certo incômodo com a regra da Súmula. Barroso disse “não estar se comprometendo com a subsistência ou não da Súmula nº 584, que gostaria de reservar para um momento de maior reflexão”, enquanto o ministro Gilmar falou

em “encontro marcado” do Tribunal com a Súmula⁷⁵.

Esse encontro ocorreria no julgamento do RE 592.396/SP, relator ministro Edson Fachin, envolvida a mesma matéria do Recurso Extraordinário nº 183.130/PR, em relação à qual houvera sido reconhecida a repercussão geral em 5 de junho de 2009. Esperava-se que o Supremo aplicasse o princípio da irretroatividade em conjunto com o da anterioridade e, assim, concluísse, em definitivo e de forma abrangente, pela impossibilidade de incidência de lei do imposto de renda no mesmo ano em que publicada e no qual em curso os fatos constitutivos da obrigação tributária, sendo assim superada a Súmula 584.

Contudo, mais uma vez, o Supremo apostou em uma abordagem minimalista. O relator fez questão de seguir a mesma orientação assentada no Recurso Extraordinário nº 183.130/PR, expressando a opinião no sentido de não ser o caso de enfrentar a superação linear da Súmula 584, e sim de julgar o caso tendo em vista a nota particular da extrafiscalidade:

Inicialmente, constata-se que da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal haure-se precedente em caso idêntico ao presente, isto é, o RE 183.130, de relatoria para o acórdão Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 14.11.2014, cuja ementa transcreve-se a seguir: [...]

Naquela ocasião, o voto condutor do Ministro Nelson Jobim se baseou na distinção entre a matéria debatida nos autos e as hipóteses de incidência da Súmula 584 do STF.

[...]

Logo, a controvérsia não se cinge à aplicabilidade da Súmula 584 do STF. Na hipótese dos autos, considera-se

⁷⁵STF – Pleno, RE 183.130/PR, relator ministro Carlos Velloso, acórdão redigido pelo ministro Teori Zavascki, j. 25/9/2014.

inaplicável o entendimento consolidado pelo referido verbete sumular, tendo em vista a extrafiscalidade dos incentivos incidentes sobre o Imposto de Renda. Dessa forma, o fato gerador da obrigação tributária ocorre no momento da realização de cada operação de exportação.

O ministro Marco Aurélio ressaltou tratar-se de entendimento a superar a Súmula 584, uma vez que, segundo suas palavras, o “verbetes mostra-se categórico ao revelar que, ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”. Com tal raciocínio, pediu fosse assentado expressamente que a Súmula estava sendo cancelada. O relator, ministro Edson Fachin, em resposta, afirmou que, como o seu entendimento estava relacionado ao que decidido no Recurso Extraordinário nº 183.130/PR, a posição era a de apenas a “conotação extrafiscal afasta[r] a incidência da Súmula nº 584”.

Os demais ministros seguiram, por ora, o entendimento da não incidência da Súmula 584 apenas em relação às hipóteses de extrafiscalidade. O próprio ministro Marco Aurélio concluiu ser melhor deixar a discussão sobre a subsistência ou não da súmula “para um caso mais favorável à superação” em razão da identidade fática do caso sob o julgamento e aquele do Recurso Extraordinário nº 183.130/PR. Em vez de privilegiar a segurança jurídica, o Tribunal manteve sua postura minimalista que, nesse caso, apenas favorece a insegurança jurídica.

3.2.3. Anterioridade tributária

O princípio da anterioridade, como o da irretroatividade, abordado no tópico anterior, consagra a liberdade por meio da segurança jurídica. Ao estabelecê-lo expressamente, o constituinte reve-

lou preocupação maior em prevenir os contribuintes de surpresas quanto à instituição ou majoração de tributos. Reconhecido pelo Supremo como cláusula pétrea, o princípio possui três dimensões em nossa Carta da República, assim discriminados em ordens topológica e cronológica combinadas:

(1) anterioridade geral – prevista no artigo 150, inciso III, alínea “b”, segundo o qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão *cobrar* tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”;

(2) anterioridade nonagesimal aplicável às contribuições de Seguridade Social – prevista no artigo 195, § 6º, segundo o qual a União não poderá *exigir* as contribuições sociais de seguridade social antes de “decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado”, afastada a aplicação da anterioridade geral acima apontada;

(3) anterioridade nonagesimal ou *noventena* – prevista na alínea “c” do inciso III do artigo 150, introduzida pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003, segundo a qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão *cobrar* tributos “antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”, devendo ser observada em conjunto e em concerto com a anterioridade geral acima apontada.

Polêmicas surgem em saber se deve ser aplicada a anterioridade em relação às hipóteses de majoração indireta do tributo. A controvérsia gira em torno da definição do âmbito de proteção do princípio. Mais precisamente, em identificar quais alterações legislativas se encaixam no conceito de instituição ou majoração de tributo:

alteração de prazo de pagamento, exclusão de descontos por pagamento antecipado, revogação de isenções, restrições a créditos em impostos indiretos ou contribuições não cumulativas, prorrogação de tributos provisórios, e alteração do regime de apuração podem ser equiparados à majoração de tributos a ponto de atrair a proteção da anterioridade? A resposta envolve, naturalmente, uma escolha metodológica: a interpretação mais literal favorece a resposta negativa, ao passo que a leitura finalística e sistemática do princípio conduz à resposta positiva. Como se verá, as principais decisões do Tribunal revelam ainda inexistir um padrão adjudicatório coerente bem definido.

O Tribunal concluiu pela não aplicação do princípio quando enfrentou casos de redução e extinção de descontos para pagamento antecipado de tributos. Em caso envolvendo lei do Estado do Paraná quanto ao IPVA, a maioria dos ministros compreendeu não poderem ser equiparados a aumento do tributo as alterações legislativas que implicaram redução ou extinção de descontos concedidos em razão do pagamento antecipado do imposto estadual, de forma que não se poderia cogitar de sujeição dessas medidas à anterioridade. O ministro Cezar Peluso foi voto vencido, asseverando que “suprimir ou reduzir um desconto previsto em lei implica, automática e aritmeticamente, em aumento do valor do tributo devido”⁷⁶.

A aplicação do princípio da anterioridade à hipótese de revogação de isenções tem suscitado controvérsias bem maiores, a depender da espécie de isenção envolvida. Quando se trata de isenção onerosa e por tempo determinado, ou seja, concedida sob determinadas condições que devem ser satisfeitas com custos para o contribuinte e estabelecida por prazo determinado, não têm surgido dificuldades em concluir-se pela sujeição à anterioridade da norma mediante a qual esse benefício fiscal é revogado. O artigo 178, do Código Tributário Nacional, expressamente prevê que a revogação

⁷⁶STF – Pleno, ADI – MC 4.016/PR, relator ministro Gilmar Mendes, j. 1º/8/2008, DJ 24/4/2009.

nesses casos tem efeitos limitados pela anterioridade. O Supremo, orientado, especialmente, pela segurança jurídica, não tem vacilado em sujeitar a revogação das isenções onerosas à anterioridade, calçado também na ideia de direito adquirido⁷⁷.

Todavia, no campo das isenções gratuitas e concedidas por prazo indeterminado, isto é, as outorgadas livremente, sem exigência de contrapartidas dos contribuintes, e sem prazo pré-definido de vigência, a observância da anterioridade tem sido bem mais problemática. O mesmo artigo 178 faz, em relação às isenções gratuitas, remissão ao artigo 104, inciso III, também do Código Tributário, que prevê seja a revogação nesses casos limitada pela anterioridade, porém, apenas em relação aos impostos sobre o patrimônio e a renda, excluídos, portanto, os impostos sobre produção, serviços e circulação de mercadorias, as taxas e as contribuições de um modo geral. Aplicando essas regras do Código, o Supremo, sob a égide da Carta pretérita, editou a Súmula 615, segundo a qual “o princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da CF) não se aplica à revogação de isenção do ICM”⁷⁸.

Em sucessivos julgados, o Tribunal não tem reconhecido equivalência entre instituição ou majoração de tributos, de um lado, e revogação pura e simples de isenção, de outro, afastando, quanto ao último caso, a limitação do legislador tributário pela anterioridade como aplicação direta da Constituição. Daí o Tribunal sempre ressaltar a necessidade de disciplina infraconstitucional, no caso, do Código Tributário Nacional, a estabelecer que revogação de isenção gratuita esteja sujeita ao princípio. Como o artigo 104, inciso III, apenas favorece a restrição em relação aos impostos sobre propriedade e renda, o Supremo não tem admitido, como solução possível, a abrangência mais ampla da anterioridade. Tem, ao contrário, decidido que a revogação de isenção gratuita de ICM ou ICMS implica o

⁷⁷STF – 2ª Turma, RE 186.264-5, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17/04/1998 e RE 169.880-2, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/12/1996; STF – 1ª Turma, RE 218.160-3, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 06/03/1998.

⁷⁸Súmula 615, Sessão Plenária de 17/10/1984, DJ de 29/10/1984.

restabelecimento imediato da incidência do imposto⁷⁹.

O Pleno reconheceu, contudo, em julgado mais recente, a aplicação da anterioridade em relação ao ICMS em situação ainda mais problemática se comparada à da revogação de isenção: em caso de suspensão de utilização de créditos do imposto. O litígio envolveu a modificação dos artigos 20 e 33, da Lei Complementar nº 87, de 1996, pela Lei Complementar nº 102, de 11 de junho de 2000. Em suas redações anteriores, esses dispositivos permitiam aos contribuintes creditarem-se, plenamente, do imposto pago na aquisição de bens destinados ao ativo permanente, de energia elétrica e de serviços de telecomunicação. Tal creditamento implicava ICMS apurado a menor a ser recolhido aos Estados e ao Distrito Federal.

A Lei Complementar nº 102 restringiu esses créditos, impedindo a apropriação integral imediata no caso dos bens do ativo permanente, limitando os créditos de energia elétrica, antes irrestrita, à consumida em processo de industrialização, e restringindo os créditos de telecomunicações, antes geral, aos estabelecimentos prestadores de serviço de comunicação e aos exportadores, postergando o uso em geral nesses dois últimos casos. No artigo 7º da lei constou que tais restrições teriam vigência imediata, a partir da publicação no mês de junho de 2000. Em sede cautelar, o Tribunal entendeu que as restrições implicaram majoração indireta do imposto e, por esse motivo, deveria ser observada a anterioridade geral do artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Carta. Foi determinado que as alterações passassem a surtir efeitos apenas a partir de janeiro de 2001.⁸⁰ O mérito encontra-se pendente de apreciação.

Negar a aplicação da anterioridade aos casos de majoração indireta dos tributos é condenar o princípio a uma compreensão meramente literal de seu alcance, não permitindo que a norma constitucional possa cumprir seu papel de garantia fundamental do contribuinte. É chamar de cláusula pétrea e, ao mesmo tempo, per-

⁷⁹STF – 2ª T., RE 204.062/ES, relator ministro Carlos Velloso, j. 27/9/1996, DJ 19/12/1996.

⁸⁰STF – Pleno, ADI – MC 2.325/DF, relator ministro Marco Aurélio, j. 23/9/2004, DJ 6/10/2006.

mitir seja derogado pela legislação infraconstitucional. A devida abordagem sistêmica e teleológica do princípio se fez presente no último julgado comentado, de forma que se mostra metodologicamente adequado que esta se torne a prática definitiva do Tribunal.

3.2.4. Isonomia tributária

A isonomia tributária foi positivada na Constituição no artigo 150, inciso II, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. O dispositivo veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes, o que significa proibir sejam concedidos privilégios injustificados, que não possam ser reconduzidos a motivos razoáveis e constitucionalmente admitidos.

Com efeito, as desonerações tributárias são alvos de intensos debates em torno da aplicação do princípio da isonomia em matéria tributária. Ponto polêmico, relativo ao controle de constitucionalidade dessas normas de benefícios fiscais, é dos limites do Poder Judiciário frente às hipóteses de *omissão legislativa relativa*—benefícios concedidos a determinadas pessoas ou grupos de pessoas sem alcançarem outras pessoas ou grupos em situação equivalente. A questão é saber se cabe ao juiz tão somente declarar a inconstitucionalidade do benefício ou se ele pode estendê-lo às pessoas ou aos grupos de pessoas discriminados injustamente. Pode o Supremo, por exemplo, lançar mão das chamadas *sentenças aditivas*⁸¹, ou deve

⁸¹A sentença aditiva é a que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, mas não se limita a declará-la inválida, adequando o seu conteúdo à interpretação constitucional. A sentença aditiva altera a norma considerada inconstitucional em razão da sua insuficiência ou incompletude, estendendo o seu alcance e, conseqüentemente, ampliando o seu âmbito de incidência, com o objetivo de torná-la constitucional. Cf. por todos, ZAGREBELSKY,

restringir sua atuação ao papel de *legislador negativo*?

Presente omissão relativa da lei concessiva de benefícios fiscais, o Supremo, tradicionalmente, não realiza a integração normativa, restringindo-se a declarar, caso conclua pela violação ao princípio da isonomia, a inconstitucionalidade da norma. Em julgamentos já sob a vigência da Constituição de 1988, o Tribunal assim decidiu, considerando juridicamente impossível a extensão do benefício aos contribuintes discriminados⁸². Nessas decisões, o Supremo recusou-se a admitir a construção de sentenças aditivas de significados normativos, tratando como dogma a vedação de atuar como legislador positivo. A função seria apenas de bloqueio, nunca de criação normativa.

O tema, todavia, foi debatido com mais profundidade no Recurso Extraordinário nº 405.579/PR⁸³, tendo ocorrido reflexões importantes em torno das modernas técnicas de interpretação constitucional e de decisões de inconstitucionalidade como ferramentas para superar as violações à isonomia pelas normas tributárias discriminatórias. Neste caso, esteve em julgamento acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região por meio do qual foi concedido, com fundamento na isonomia tributária, mandado de segurança para estender à empresa importadora de pneus benefício fiscal do imposto de importação previsto no artigo 5º, § 1º, inciso X, da Lei nº 10.182/2001, estabelecido exclusivamente em favor de fabricantes e montadoras de veículos.

No que a lei estabeleceu o alcance do benefício fiscal também para a aquisição de pneus mesmo se destinados ao mercado interno de reposição, a empresa importadora, distribuidora e varejista de pneus, afirmando ser igualmente merecedora do benefício no

Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 296 et seq.; CERRI, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2004, p. 237 et seq.

⁸²STF – 1ª T., RE 196.590/AL, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16/04/1996, DJ 14/11/1996; STF – Pelno, AgRg-EDv-AgRg em AI 153.334, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/02/1996; STF – 2ª T., RE 191.526/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/05/1997; STF – 2ª T., AgRg-RE 370.590, Rel. Min. Eros Grau, DJ 16/05/2008; STF – 2ª T., AgRg-AI 360.461, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/03/2008.

⁸³STF – Pleno. RE 405.579/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 01/12/2010, DJ 04/08/2011.

tocante ao comércio interno de pneumáticos, alegou a inconstitucionalidade da norma por ter beneficiado um grupo de contribuintes – montadoras e fabricantes de veículos – em detrimento delas, em violação ao princípio da isonomia tributária, assim como à livre concorrência, e pediu a extensão judicial do favor fiscal. A 1ª Turma do TRF da 4ª Região reconheceu a ofensa à isonomia e estendeu o benefício fiscal.

O relator do extraordinário da União, ministro Joaquim Barbosa, deu provimento ao recurso, afirmando que a extensão judicial do benefício fiscal importaria violação ao princípio da separação de poderes e extrapolação do papel institucional do Supremo como legislador negativo. Eros Grau e Cezar Peluso acompanharam a decisão do relator, dando ênfase, contudo, à inexistência de quebra da isonomia. Ayres Britto, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes foram favoráveis à tese do contribuinte. Gilmar Mendes defendeu explicitamente a necessidade de o Supremo atuar como legislador positivo e estender o benefício em respeito à isonomia tributária.

O julgamento foi encerrado apenas em 1º/12/2010, com os votos dos ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie. As ministras deram razão à União por não terem vislumbrado quebra da isonomia no caso concreto. O ministro Dias Toffoli, diferentemente, enfatizou, na linha preconizada anteriormente por Joaquim Barbosa, a impossibilidade de o Supremo preencher diretamente a lacuna por meio da extensão do benefício fiscal incompatível com a isonomia. A análise dos votos da maioria formada não permite dizer, portanto, ter sido assentada a impossibilidade de o Tribunal atuar como legislador positivo nesses casos, pois apenas os ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli explicitamente rechaçaram tal papel ao Supremo. A controversa questão permanece, dessa forma, ainda em aberto.

O Supremo, ao recusar a atuação como legislador positivo nesses casos, faz claro uso seletivo de métodos de interpretação consti-

tucional. Sem embargo, é impossível defender que o Supremo não tenha atuado como legislador positivo em decisões paradigmáticas como os casos da união estável homoafetiva⁸⁴, do aborto de fetos anencefálicos⁸⁵ e da Lei Maria da Penha⁸⁶. Em todos esses casos, o Tribunal adicionou sentidos normativos aos dispositivos legais envolvidos a partir de uma “interpretação orientada a valores”, dirigida à melhor realização de princípios constitucionais fundamentais, dentre eles, a isonomia. Para manter coerência metodológica, o Tribunal não deveria furtar-se em assim atuar nos casos de benefícios fiscais inconstitucionais por violação à isonomia tributária.

3.2.5. Capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva consiste em princípio material de tributação, surgido fora do Direito Tributário, na Ciência das Finanças, voltado a assegurar uma justa repartição das cargas públicas entre os cidadãos de determinado Estado. É hoje compreendido como exigência de uma tributação materialmente justa – a ideia de que cada cidadão deve arcar com o custeio dos gastos estatais na proporção de sua capacidade de contribuir e na medida em que essa existir. Revela, assim, tanto causa ou justificativa (dimensão objetiva), quanto limite ou critério (dimensão subjetiva) da tributação, devendo ser ambas as manifestações do princípio observadas em busca do tributo justo e isonômico.

Cumpre, portanto, papel de destaque no desenho da estrutura e do conteúdo do sistema normativo tributário, e na fixação da medida da tributação, confirmado seu caráter de direito fundamental: direito a uma tributação baseada em critérios de justiça material e de igualdade, na impossibilidade de incidência sobre fatos que não denotem riqueza, na vedação de exigências que eliminem a própria capacidade de produzir e contribuir, na generalidade sem olvidar-se

⁸⁴STF – Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJ 14/10/2011.

⁸⁵STF – Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, DJ 30/4/2013.

⁸⁶STF – Pleno, ADI 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012, DJ 1º/8/2014.

o respeito à imunidade do mínimo existencial, e na mais completa proibição de privilégios odiosos. O princípio encerra, em síntese, autêntica limitação ao poder de tributar como concretização da igualdade e proteção da liberdade econômica e da propriedade dos cidadãos-contribuintes.

Na Constituição de 1988, o princípio foi expressamente previsto no § 1º do artigo 145, segundo o qual, “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]”. Não obstante a previsão constitucional expressa e o caráter de fundamentalidade do princípio, decisões do Supremo não tem contribuído à sua efetividade, autorizando tanto a tributação sobre a ausência de riqueza, como a incidência sobre o mínimo existencial.

No Recurso Extraordinário nº 586.482/RS, relator ministro Dias Toffoli, esteve em jogo definir a incidência ou não da COFINS e da contribuição ao PIS sobre as vendas inadimplidas⁸⁷. A pretensão do recorrente era a de excluir da base de cálculo das contribuições valores alusivos a vendas a prazo inadimplidas, sob a justificativa, entre outras, de violação ao princípio da capacidade contributiva. Aqui, não se tratou da faceta do princípio como medida da tributação em favor da concretização da isonomia, e sim como fundamento da tributação ante o argumento da inexistência de exteriorização de riqueza em virtude da inadimplência dos consumidores dos produtos ou serviços vendidos em relação ao preço pactuado.

A maioria, pautada em razões vinculadas ao regime de apuração dos tributos e ao aspecto temporal dos fatos geradores das contribuições envolvidas, negou pudessem as vendas inadimplidas ser excluídas do campo de incidência dessas, admitindo a cobrança sobre receitas mesmo que não auferidas. Destaques para os votos vencidos dos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que ressaltaram a aplicação da capacidade contributiva às contribuições e a violação ao princípio no caso concreto. O ministro Marco Auré-

⁸⁷STF – Pleno, RE nº 586.482/RS, relator ministro Dias Toffoli, j. 23/11/2011, DJ 19/6/2012.

lio asseverou que a simples potencialidade de ingresso de receitas não pode fundamentar a capacidade contributiva, não sendo justo o contribuinte sujeitar-se a pagar tributo sobre ingressos que não ocorreram. Faltaria substrato econômico a autorizar a tributação.

Tema de relevância ainda maior foi discutido no Recurso Extraordinário nº 388.312/MG: a possibilidade de o Supremo, ante a omissão do legislador, determinar a correção monetária das tabelas de Imposto de Renda e das correspondentes faixas de isenção e dedução do imposto. Atualização extinta com a Lei nº 9.250, de 1995, e apenas reestabelecida pela Lei nº 10.451, de 2002⁸⁸. Ante os efeitos nefastos da inflação sobre o poder aquisitivo dos contribuintes e a disponibilidade de renda para oferecimento à tributação, a arguição foi no sentido da falta de atualização monetária implicar exigência do imposto para além do permitido pela capacidade contributiva individual.

A maioria do Pleno, seguindo o voto da ministra Cármen Lúcia, assentou a impossibilidade de o Supremo atuar como legislador positivo e autorizar, no lugar do Parlamento, a correção monetária da tabela progressiva do imposto. Prevaleceram argumentos de ordem institucional, pautados, especialmente, no princípio estruturante da separação de poderes. Consoante consta da ementa do julgado, concluiu-se que o Executivo e o Legislativo são os poderes dotados de capacidade institucional própria para organizar a vida econômica e financeira do país, sendo da competência exclusiva desses a decisão quanto ao momento da atualização sob pena de o Poder Judiciário, em última análise, negar a implementação de políticas econômicas pelo Governo.

Contudo, consta também, no voto da ministra Cármen Lúcia, afirmação quanto à ausência de violação à capacidade contributiva, tendo destacado que tal conclusão dependeria da “análise da situação individual de cada contribuinte, ainda mais se considerada a

⁸⁸STF – Pleno, Recurso Extraordinário nº 388.312/MG, relator ministro Marco Aurélio, acórdão redigido pela ministra Cármen Lúcia, j. 1º/8/2011, DJ 11/10/2011.

possibilidade de se proceder a deduções no imposto de renda? A defesa da capacidade contributiva coube ao voto vencido do relator, ministro Marco Aurélio, o qual aduziu que a ausência de atualização monetária implicou, “por via oblíqua, a majoração do tributo com desprezo ao figurino que lhe é próprio”, fazendo com que o imposto alcance “os menos afortunados”, carentes de capacidade contributiva, que saíram da faixa de isenção e de proteção do mínimo existencial para a de sujeição tributária sem ter adquirido acréscimo real de renda ou de poder aquisitivo⁸⁹.

A toda evidência, o Supremo, preso a filigranas contábeis no primeiro caso, e a argumentos de política de deferência institucional no segundo, negou a concretização do princípio da capacidade contributiva. Admitir que ficções contábeis possam servir de justificativa para a tributação da ausência de faturamento é ignorar a capacidade contributiva como fundamento da tributação legítima. Ademais, quanto ao caso do imposto de renda e da atualização monetária das tabelas de IR, em que pese ser importante a consideração das capacidades institucionais diferenciadas do Executivo e do Legislativo, a controvérsia envolvia a incidência do imposto sobre a parcela que deveria ser imune à tributação: o mínimo existencial⁹⁰. A consideração da imunidade do mínimo existencial deveria ter tido seu peso devidamente considerado no quadro de argumentações que embasou a aludida decisão. Mas não o foi!

3.3. A interpretação das imunidades tributárias

As imunidades tributárias são normas constitucionais voltadas

⁸⁹A questão voltará a ser debatida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.096/DF, da relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Tema próximo, de mesma envergadura, é o debatido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927/DF, proposta pela mesma entidade, objetivando afastar, por inconstitucionalidade, as regras que fixam os limites de dedução com educação para efeito de apuração do Imposto de Renda de Pessoa Física.

⁹⁰Sobre o mínimo existencial como imune a impostos, cf. TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito Ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

a limitar o poder de tributar. O constituinte buscou privilegiar valores políticos, morais, culturais e sociais essenciais, não permitindo que os entes tributem pessoas, bens, serviços ou situações ligadas a esses valores. Onde houver regra constitucional de imunidade, não poderá haver exercício da competência tributária e isso em razão de uma seleção de motivos fundamentais. Segundo José Souto Maior Borges, as imunidades asseguram a “incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livres das interferências ou perturbações da tributação”⁹¹.

Ao interpretar e aplicar as imunidades constantes das alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do inciso VI do artigo 150, da Constituição, o Supremo tem buscado, com mais consistência metodológica se comparado às decisões sobre princípios, realizar as funções políticas e sociais das normas constitucionais envolvidas. Tem prevalecido o elemento teleológico, às vezes, conjugado com o sistemático, às vezes, aplicado de maneira isolada, implicando, neste último caso, certa desarmonia sistêmica.

3.3.1. O alcance da imunidade recíproca às empresas públicas

A imunidade recíproca, de que trata a alínea “a” do inciso VI do artigo 150, da Constituição, tem por finalidade realizar o princípio federativo e a isonomia entre os entes políticos em matéria tributária. Segundo a norma constitucional, União, Estados, Distrito Federal e municípios não podem instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros. Assim, o constituinte buscou evitar obstáculos de ordem econômica, estabelecidos por um determinado ente federativo, ao cumprimento de objetivos institucionais por outros. O § 2º do dispositivo constitucional estende, expressa e taxativamente, a imunidade às autarquias e fundações públicas.

⁹¹BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção Tributária. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 221.

Não obstante a precisão do texto constitucional, o Supremo tem estendido a imunidade recíproca às empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Segundo a maioria do Tribunal, quando empresas públicas prestam serviços públicos, não viola a livre concorrência a extensão da regra constitucional de imunidade. No Recurso Extraordinário nº 601.392/PR, contudo, o Tribunal definiu o alcance da imunidade recíproca ao Correios mesmo em relação às atividades que desempenha em regime de concorrência⁹¹. A decisão seguiu razões pragmáticas ante a dificuldade de separarem-se as atividades de monopólio e aquelas livres à iniciativa privada, como a venda de títulos de capitalização, de ouro, etc.

O julgamento foi dividido, tendo os ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Marco Aurélio votado, com acerto, contra a extensão ante a proibição constitucional de tratamento diferenciado em favor das empresas públicas e das sociedades de economia mista, em detrimento das empresas do setor privado. Os ministros opuseram os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (artigo 173, § 2º, da Carta). Sem embargo, o erro da maioria foi utilizar, exclusivamente, o elemento teleológico em vez de inseri-lo dentro do debate com o elemento sistemático e as normas que protegem a iniciativa privada e a livre concorrência. A interpretação do Supremo não foi metodologicamente adequada, e sim, inconsistente ante o uso seletivo do elemento teleológico em prejuízo ao conjunto harmônico de normas constitucionais.

3.3.2. A imunidade dos “livros eletrônicos”

A imunidade dos livros, jornais periódicos, e o papel destinado à sua impressão, vem recebendo, via de regra, interpretação extensiva do Supremo. No Recurso Extraordinário nº 183.403/SP, a 2ª Turma assentou a imunidade de apostilas; no Recurso Extraordinário nº 199.183/SP, a 2ª Turma determinou a extensão da imuni-

⁹¹STF – Pleno, RE 601.392/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, acórdão redigido pelo Min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2013, DJ 5/6/2013.

dade tributária às listas telefônicas mesmo se presentes anúncios e publicidades; no Recurso Extraordinário nº 221.239/SP, foi a vez da imunidade para os “álbuns de figurinhas”; nos Recursos Extraordinários nº 174.476/SP e nº 190.761/SP, foi assegurada o alcance da imunidade a insumos como os filmes e papéis fotográficos. Em todos esses casos, por meio de interpretação teleológica e sistematicamente situada, o Tribunal tem estado atento à evolução das formas de comunicação por meio dos livros, jornais e periódicos.

O grande desafio hermenêutico vem, todavia, com a questão do alcance da imunidade ao chamado “livro eletrônico”. O tema lembra a discussão que existe, nos Estados Unidos, entre os partidários da *living constitution* e os *originalistas*. Há de se estender a alínea d do inciso VI do art. 150 ao livro eletrônico, sendo certo que quando da promulgação da Constituição de 1988 essa hipótese sequer poderia ser cogitada? Há de se conferir uma “interpretação modernizante” ao dispositivo constitucional para adequá-lo à chamada Era Digital? Quais são os elementos mais importantes em jogo: o apego à compreensão mais literal do preceito constitucional ou a possibilidade de atualizar esse comando às transformações culturais e tecnológicas contemporâneas?

O Supremo decidirá a questão nos Recursos Extraordinários nº 595.676/RJ, da relatoria do ministro Marco Aurélio, e nº 330.817/RJ, relator ministro Dias Toffoli. Sem embargo, a interpretação mais literal favorece a ideia de apenas os meios tradicionais de ensino e informação poderem gozar da imunidade. Ao passo que a interpretação sistêmico e teleologicamente mais adequada conduz à conclusão do alcance da imunidade a dispositivos eletrônicos que cumpram finalidade didática e comunicacional. No caso do Recurso Extraordinário nº 595.676/RJ, já há cinco votos favoráveis à extensão da imunidade, tendo sido flexibilizadas barreiras semânticas para privilegiar a interpretação sistêmico-teleológica do dispositivo. Considerando que o dispositivo constitucional fala em “livros” sem adjetivações e, portanto, comporta acomodações hermenêuticas, é

de se esperar que prevaleça o entendimento favorável à extensão.

3.3.3. Contribuição social sobre exportações

Grande polêmica, envolvida a possibilidade de interpretação extensiva de imunidade, foi o caso do alcance da imunidade tributária das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas sobre as receitas de exportação, estabelecida pelo artigo 149, § 2º, inciso I, da Constituição. A Receita Federal compreende que essa imunidade, em razão de constar no texto constitucional a expressão “receitas”, apenas poderia alcançar as contribuições que tivessem como fato gerador/base de cálculo a figura jurídico-econômica da “receita”. Isso significa que, para o órgão arrecadador, a regra constitucional da imunidade apenas favorecia a desobrigação das contribuições COFINS, PIS e CIDEs (incidentes sobre a receita bruta das pessoas jurídicas exportadoras ou não).

Ao contrário, os contribuintes questionaram que a interpretação literal da Receita Federal amesquinhasse o objetivo da regra constitucional e que a imunidade deveria alcançar também a Contribuição Social sobre o Lucro – CSL, que tem como fato gerador/base de cálculo a figura do “lucro líquido”. O raciocínio era o seguinte: *(i)* a CSL incide sobre o lucro; *(ii)* o lucro é, grosso modo, o resultado de “receita” menos “despesa e custos”; *(iii)* assim, permitir a incidência de alguma contribuição social sobre o “lucro das exportações” equivale a admitir a incidência dessa contribuição, mesmo indiretamente, sobre as “receitas de exportação”, haja vista essas participarem do cômputo do “lucro de exportação”; *(iv)* dessa forma, a cobrança da CSL violaria o propósito da regra constitucional de imunidade do artigo 149, § 2º, inciso I.

A questão chegou ao Supremo. Havia um embate metodológico no caso – a interpretação literal favorecia o argumento da Receita Federal; a interpretação teleológica, o dos contribuintes. No entan-

to, também se formou um embate ideológico no julgado, que, inclusive, influenciou a escolha do método mais adequado para a interpretação – de um lado, uma visão liberal-desenvolvimentista, cuja matriz seria o artigo 3º, inciso I da Constituição, e que favorecia a desoneração mais ampla das exportações; de outro, uma visão social-protetiva, cuja matriz é o princípio da solidariedade no custeio da seguridade social do artigo 195, da Constituição, e que favorecia a incidência da contribuição social como decorrência da universalidade do custeio da seguridade social. Tratou-se de uma disputa que dividiu a Corte. No final, por apenas um voto, ela decidiu que a solidariedade deveria preponderar sobre interesses econômicos⁹².

A ala liberal-desenvolvimentista, liderada pelo ministro Gilmar Mendes, construiu uma interpretação teleológica do enunciado normativo orientada a um valor liberal que acreditava incorporado expressamente à Constituição. Por sua vez, a ala social-protetiva, defendida, inicialmente, pelo relator, ministro Marco Aurélio e, enfaticamente, pelos ministros Ayres Britto e Ellen Gracie, afirmou que não só a interpretação literal, mas a sistemática do artigo 149, § 2º, inciso I, favoreciam, igualmente, a impossibilidade da extensão da imunidade. Ademais, disseram que o elemento teleológico também favorecia a não extensão, uma vez que o objetivo do constituinte derivado foi desonerar os produtos exportados, e não o exportador e seu lucro.

O resultado do julgamento pode ser afirmado como uma “solução metodologicamente adequada”. O caminho trilhado pela maioria vencedora foi a do pluralismo metodológico. É verdade que variáveis legais e ideológicas se misturaram em função do que a Constituição dispunha. Contudo, o procedimento de inter-relação e de apoio recíproco dos critérios interpretativos permite seja vista a decisão não como o resultado puro e simples do que os ministros pessoalmente achavam moral ou politicamente mais adequado, e

⁹²STF – Pleno, RE 564.413/SC, relator ministro Marco Aurélio, j. 12/08/2010, DJ 03/11/2010.

sim como a decisão metodologicamente mais adequada. É o que se espera, sempre, do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

A atividade de interpretação, máxime a constitucional, é inevitavelmente criativa. Contudo, o problema maior não está na criatividade em si, e sim na eventual falta de coerência metodológica do intérprete. O uso seletivo de elementos de interpretação para produzir o resultado ao qual o julgador é favorável por razões pessoais deve ser condenado. Os casos acima expostos revelam que o Supremo, quando da aplicação do Sistema Constitucional Tributário, mesmo que não seja essa a intenção de seus ministros, tem, em diferentes oportunidades, feito prevalecer aprioristicamente um elemento da interpretação sobre os demais, revelando a ausência do necessário pluralismo metodológico. Esta atitude serve para excluir importantes argumentos dos debates decisórios. Cabe à doutrina fiscalizar, criticar, enfim, zelar pelo avanço metodológico coerente do Supremo, em nome da democracia e do Estado de direito.

O MENOR SUCESSOR E A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

Christiano Abelardo Fagundes Freitas¹

Léa Cristina Barboza da Silva Paiva²

“Desejo uma nação independente
com suas crianças na escola
sem calos na mão
dando asas para a imaginação.
É preciso raiar a dignidade
tirar os guris da pedreira
chega de meninos sem eira, sem dedo e sem beira.”
(Christiano Abelardo Fagundes Freitas)

RESUMO

O presente artigo analisa o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do artigo 440, da Consolidação das Leis Trabalhistas, cuja redação estabelece não correr prazo prescricional contra os menores de dezoito anos. Esse dispositivo legal é restrito aos empregados ou também é aplicável aos sucessores dos trabalhadores. Até a presente data, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho não editou súmula, tampouco orientação jurisprudencial a respeito do alcance do dispositivo supracitado. O tema objeto de perquirição é de muita utilidade no campo prático, por envolver o instituto da prescrição e, na maioria das vezes, ações com conteúdo pecuniário. Neste despretensioso artigo será registrado o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência do órgão de cúpula do judiciário trabalhista brasileiro.

Palavras-chave: prescrição. Menor trabalhador. Menor sucessor do trabalhador.

¹Advogado. Professor universitário. Membro da Academia Campista de Letras. Autor de 13 livros. Coordenador do curso de pós-graduação lato sensu do UNIFLU (Faculdade de Direito de Campos).

²Advogada. Professora universitária. Mestra pela UCAM. Autora de 7 livros. Professora do curso de pós-graduação lato sensu do UNIFLU (Faculdade de Direito de Campos).

Sabe-se que a exploração do trabalho de crianças e de adolescentes é ainda algo assustador no Brasil, mesmo com a atuação diligente do Ministério Público do Trabalho e com a regra constante do artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que proíbe qualquer trabalho realizado por menores de 16 anos, exceto quando se trata de aprendiz, cuja idade mínima permitida é a de 14 (catorze) anos de idade. O retrocitado dispositivo legal proíbe ainda o trabalho dos menores de 18 anos em ambiente insalubre, perigoso e no horário noturno, *verbis*:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXXIII. proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Inspirada em aspectos sociológicos, a Lei Complementar nº 150/2015, publicada em 2/6/2015, além de expressamente revogar a Lei nº 5.859/72, exige a idade mínima de 18 (dezoito) anos para o labor como empregado doméstico (artigo 1º, parágrafo único).

É preciso destacar a atuação do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público estadual, sim, pois, o desrespeito com as nossas crianças e adolescentes não são apenas na seara do Direito do Trabalho. Dessarte, se não fosse a atuação do *Parquet*, a situação ainda seria muito mais grave.

A questão é tão preocupante e tão “evidente” que poetas e compositores, que também se dedicam à vertente social, retratam esse cenário de infração em suas respectivas artes. Na música, temos, como exemplo, Chico Buarque, com a letra da canção “Meu Guri”, mas esta é apenas uma entre dezenas. Na literatura, podemos citar o engenheiro das palavras, o poeta João Cabral de Melo Neto,

com “Morte e vida severina”.

Ciente disso, o legislador fez constar, na Consolidação das Leis trabalhistas, o artigo 440, com a seguinte redação: “*Contra os menores de dezoito anos não corre nenhum prazo de prescrição.*” Assim, o prazo prescricional para o ajuizamento de uma reclamação trabalhista só começara a fluir, quando o trabalhador completar dezoito anos de idade.

Quando se trata de menor trabalhador, não há celeuma na doutrina e na jurisprudência, quanto à aplicação do comando constante do artigo 440, da CLT. Noutro giro, quando se trata de menor sucessor, é bastante divergente, tanto o entendimento doutrinário, quanto o jurisprudencial.

Há quem defenda que o artigo 440, da CLT, só se aplica às reclamações em que o reclamante era, ou ainda é, o empregado. Para esta corrente, quando se trata de menor herdeiro do trabalhador, não há que se falar na aplicação do artigo em tela.

Em se tratando de ação proposta pelo sucessor do trabalhador, há o entendimento de que devem ser aplicados os artigos 3º, inciso I, e 198, I, do Código Civil de 2002, ou seja, só não há prescrição contra os absolutamente incapazes, que são os menores de 16 anos de idade, à luz do Direito Civil brasileiro. Argumentam estes últimos que tais dispositivos do Código Civil podem ser utilizados, haja vista o teor do artigo 8º, parágrafo único, da CLT.

A doutrinadora e desembargadora do TRT da 1ª Região (Rio de Janeiro), Dra. Vólia Bomfim Cassar, é adepta da segunda corrente de entendimento, *ipsis litteris*:

Contra o menor de 18 anos não corre a prescrição (art. 440 da CLT). Por se tratar de regra de proteção à idade e não à capacidade, já que a CLT destinou aos relativamente incapazes a imprescritibilidade quando o Código Civil o faz apenas para o absolutamente incapaz. Ressalte-se que a lei refere-se “ao menor de 18 anos” e não ao

incapaz. (...)

A prescrição prevista no artigo 440 da CLT aplica-se apenas ao trabalhador menor e não ao herdeiro do empregado falecido. Desta forma, os herdeiros só poderão exigir os créditos não alcançados pela prescrição quando do falecimento do empregado.

Defendendo tese diametralmente oposta, está a doutrinadora, Dra. Ilse Marcelina Bernardi Lora, citada pelos professores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, *in verbis*:

Entende-se que a melhor interpretação da lei é no sentido de que contra o menor, ainda que compareça em Juízo na condição de sucessor do trabalhador falecido (sic), não deve correr nenhum prazo prescricional. Afirma, sim, que contra os menores de 18 anos não corre nenhum prazo de prescrição, a alcançar, portanto, o menor na condição de sucessor.

As citações doutrinárias acima ratificam a nossa fala inicial, qual seja, a de que o assunto é deveras polêmico entre os estudiosos do Direito do Trabalho, mas, conforme já ressaltamos, a divergência não mora apenas na seara doutrinária.

No Colendo Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista, vem prevalecendo o entendimento de que o artigo 440, da CLT, só se aplica ao menor trabalhador, pois, em se tratando de menor, herdeiro do trabalhador, a prescrição só não corre contra os absolutamente incapazes (artigo 198, I, c/c art. 3º, I, ambos do Código Civil pátrio), *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA SEGUNDA RE-
CLAMADA.
PRESCRIÇÃO. HERDEIRO MENOR. SUSPENSÃO.

POSSÍVEL VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 440 DA CLT E 198, I, CC. PROVIMENTO.

Ante a possibilidade de ofensa aos artigos 440 da CLT e 198, I, do CC, o provimento do agravo de instrumento para o exame do recurso de revista é medida que se impõe. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA.

PRESCRIÇÃO. HERDEIRO MENOR. SUSPENSÃO. POSSÍVEL VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 440 DA CLT E 198, I, CC. PROVIMENTO.

A jurisprudência pacífica desta Corte Superior é de que a prescrição prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal aplica-se aos casos em que a lesão se deu após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que deslocou a competência para o exame de matéria para a Justiça do Trabalho.

Desse modo, tendo na hipótese o acidente de trabalho fatal de que foi vítima o empregado ocorrido em 2006, não há dúvida de que incide a prescrição trabalhista, inexistindo, aliás, nos autos controvérsia no particular. Dito isso, é de sabença que não há lei trabalhista que discipline a prescrição incidente nas ações que envolvam menor herdeiro de empregado falecido, sendo que o preceito insculpido no artigo 440 da CLT, ao estabelecer a suspensão da prescrição, o faz apenas para o empregado menor de 18 anos.

Assim, nas demandas trabalhistas envolvendo interesse de menor herdeiro de empregado aplica-se a legislação comum, no caso, o artigo 198, I, do Código Civil, que determina a suspensão do prazo prescricional para os menores absolutamente incapazes, ou seja, para os menores de 16 anos. Precedentes.

Na hipótese, extrai-se do v. acórdão recorrido que o

egrégio Tribunal Regional, aplicando a regra do artigo 440 da CLT, afastou a prescrição da pretensão autoral, por considerar que, embora o acidente que vitimou o empregado tenha se dado em 20.9.2006, o reclamante, filho herdeiro do falecido, somente adquiriu a maioria (18 anos) em 18.4.2012, data que passaria a correr o prazo prescricional, então suspenso. Entendeu que, ajuizada a reclamação em 23/05/2012, não haveria prescrição a ser declarada.

Ocorre que, como já realçado, não se aplica à espécie a suspensão do prazo prescricional prevista no artigo 440 da CLT, uma vez não se tratar a demanda envolvendo empregado menor, senão menor herdeiro de empregado. Assim, não há falar na suspensão da prescrição para o reclamante até a idade de 18 anos. Para o caso, incide a regra do artigo 198, I, do CC, de modo que a suspensão da prescrição se deu até os 16 anos, ou seja, até 18/04/2010, quando se encontrava na condição de absolutamente incapaz. A partir de então, passou a correr a prescrição bienal prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, a qual findou em 18.4.2012.

Desse modo, ajuizada a reclamação trabalhista em 23/05/2012, portanto, quando já ultrapassados dois anos do início da contagem do prazo prescricional suspenso, tem-se como prescrita a pretensão do reclamante.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (ARR - 963-31.2012.5.03.0114, Relator Ministro Dr. CAPUTO BASTOS. 5ª TURMA TST. PUBLICADO: 29/5/2015)

RECURSO DE REVISTA 1 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL

POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Decidido o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deixa-se de apreciar a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, conforme o art. 249, § 2.º, do CPC. 2 - PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO. AÇÃO AJUIZADA PELO ESPÓLIO DO TRABALHADOR FALECIDO, REPRESENTADO PELA HERDEIRA MENOR. APLICAÇÃO DO ART. 198, I, DO CÓDIGO CIVIL. 2.1. A legislação trabalhista em vigor não possui norma específica que regule a prescrição aplicável ao herdeiro menor de empregado falecido. O art. 440 da CLT, que veda o curso da prescrição contra menores de 18 anos, não pode ser aplicado em casos como o dos autos, porquanto extensível apenas ao menor trabalhador. 2.2. Por essa razão, **incidem** à espécie as normas do direito comum, nos moldes do art. 8.º da CLT, mais especificamente a previsão contida no **art. 198, I, do Código Civil**, que **impede a fluência da prescrição** contra os **absolutamente incapazes**, entre os quais se encontra o **menor de 16 anos**. 2.3. Logo, considerando que à época do ajuizamento da ação a representante do espólio autor era menor impúbere, não há como reconhecer a incidência da prescrição. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-196200-02.2009.5.15.0008 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 12/03/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014). (sem grifos no original).

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. PRESCRIÇÃO. MENOR HERDEIRO. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXIX, DA CARTA MAGNA NÃO CONFIGURADA. A discussão a respei-

to da aplicação da prescrição em reclamatória ajuizada por menor impúbere, em face da sucessão trabalhista, é matéria de índole infraconstitucional (arts. 440 da CLT e 198, I, do CC). Portanto, não há que se falar em violação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Por outro lado, consolidou-se, nesta Corte Superior, **o entendimento de que o prazo prescricional não flui contra o menor herdeiro - conforme preceitua o artigo 198, I, do Código Civil de 2002**. Recurso ordinário conhecido e provido, para julgar improcedente a ação rescisória. (RO-372-39.2012.5.06.0000, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 13/12/2013). (sem grifos no original).

(...) **PRESCRIÇÃO - HERDEIRO MENOR**. O prazo prescricional, que teria o seu curso iniciado com a extinção do contrato de trabalho em decorrência do falecimento do empregado, tem sua contagem impedida em relação aos **herdeiros absolutamente incapazes**, a teor do que dispõe o inciso **I do artigo 169 do Código Civil de 1916 (atual artigo 198, inciso I, do Código Civil de 2002)**. Recurso de revista conhecido e desprovido. (...)” (RR-171200-90.2007.5.15.0033, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2.ª Turma, DEJT 08/11/2013). (sem grifos no original).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO. TRABALHADOR FALECIDO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA PELO ESPÓLIO. HERDEIROS MENORES. PRESCRIÇÃO. O caso dos autos trata de reclamação trabalhista proposta pelos sucessores de empregado maior falecido,

composta de quatro herdeiros (2 maiores de idade, 1 menor relativamente incapaz e 1 menor absolutamente incapaz à época da extinção contratual), que postulam direitos trabalhistas pertencentes ao empregado falecido. No direito do trabalho, não há norma específica que regule essa situação, no tocante à regra prescricional aplicável aos herdeiros menores da sucessão de trabalhador maior falecido. Portanto, por força do art. 8º da CLT, é subsidiariamente aplicável ao caso o art. 198, I, do Código Civil de 2002 (que estabelece que não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes), regra que se aplica à herdeira menor absolutamente incapaz que integra o espólio do trabalhador falecido. Já a herdeira menor relativamente incapaz está sujeita aos prazos prescricionais contidos no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Ao contrário do que decidiu o Tribunal Regional, a regra do art. 440 da CLT (segundo a qual não corre nenhum prazo de prescrição contra menores de idade) aplica-se apenas ao trabalhador menor que postula direitos próprios, o que não é o caso dos autos. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá parcial provimento.(RR 26800-05.2009.5.04.0102, Relator Ministro Fernando Eizo Ono, Data de julgamento: 22/5/2013 4ª Turma, DEJT 31.05.2013).

PRESCRIÇÃO- MENOR HERDEIRO DE EX-EMPREGADA FALECIDA - TUTELA. O disposto no art. 440 da CLT é específico para o trabalhador menor, e não para herdeiro de ex-empregado, que é o caso dos autos. Porém, conforme autoriza o art. 8º da CLT, ausente norma específica na CLT, que regule a matéria, a aplicação das normas gerais de direito, no caso de direito civil, se impõe. Assim, tem aplicação o art. 198, I,

do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 169 do CCB/1916), que dispõe que não há fluência do prazo prescricional contra o absolutamente incapaz, nos termos do art. 3º, I, do referido diploma. É irrelevante o argumento da reclamada de que a partir da nomeação do tutor o prazo prescricional começou a fluir, visto que o art. 202 do Código Civil (correspondente ao art. 172 do CCB de 1916) não elenca como causa de interrupção da prescrição o fato de o menor estar assistido por tutor. Consignado pelo Regional que o herdeiro, único filho da ex-trabalhadora, contava com 16 anos na data da propositura da ação, não há que se falar em prescrição, restando intacto o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (RR - 24500-34.2008.5.13.0012, Relator Ministro Milton de Moura França, Data de Julgamento: 08/06/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: 17/06/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. ESPÓLIO. MENOR HERDEIRO. O Direito Civil arrola diversas causas impeditivas e/ou suspensivas da prescrição. Muitas delas são plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho. A proteção ao menor não se deve limitar ao menor trabalhador. Ainda que o menor venha a se tornar titular de créditos trabalhistas em decorrência da morte do empregado, como ocorrido, persiste a causa impeditiva da prescrição. Não parece razoável proteger os créditos do empregado menor e deixar o herdeiro menor de empregado falecido desprotegido. Portanto, limitar o sentido do art. 440 da CLT, por se tratar de dispositivo inserido no capítulo destinado à proteção do menor, não é, a meu entender, a sua melhor interpretação. Assim, uma vez

evidenciada a existência de herdeiro na lide, absolutamente incapaz, mostra-se irretocável a decisão regional. Agravo de Instrumento não provido. (AIRR - 94340-91.2005.5.12.0036, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 13/04/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: 29/04/2011).

EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. PRESCRIÇÃO. HERDEIRO MENOR. ARTIGO 198, I, DO CÓDIGO CIVIL. Não corre prescrição contra o herdeiro menor impúbere para reivindicar direitos decorrentes do contrato de trabalho de empregado falecido. Óbito do trabalhador ocorrido quando já extinto o vínculo empregatício, porém não esgotado o biênio prescricional. Incidência de regra do Código Civil (1916 e 2002). Precedentes do TST. Recurso de embargos conhecido e provido-. (Processo: E-RR - 2166/2000-481-01-00.0 Data de Julgamento: 07/05/2009, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Divulgação: DEJT 15/05/2009)

RECURSO DE EMBARGOS DO BANESPA. PRESCRIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE. HERDEIROS MENORES. O Direito Civil arrola diversas causas impeditivas e/ou suspensivas da prescrição. Muitas delas são plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho. A proteção ao menor não se deve limitar ao menor trabalhador. Ainda que o menor venha a se tornar titular de créditos trabalhistas em decorrência da morte do empregado, como ocorrido, persiste a causa impeditiva da prescrição. Não parece razoável proteger os créditos do empregado menor e deixar o

herdeiro menor de empregado falecido desprotegido. Portanto, limitar o sentido do art. 440 da CLT, por se tratar de dispositivo inserido no capítulo destinado à proteção do menor, não é, a meu entender, a sua melhor interpretação. Assim, uma vez evidenciada a existência de herdeiros, absolutamente incapazes, no pólo ativo da Reclamação - os menores A C M S e C M S, que contavam com 16 e 13 anos, respectivamente, ao tempo da propositura da Reclamação - mostra-se irretocável a decisão turmária que manteve a decisão regional que entendeu que, em relação a eles, o dies a quo do prazo prescricional corresponde à data em que completaram 16 anos, ou seja, 14/8/1989 para A C M S e 8/7/1992 para C M S. Embargos conhecidos e desprovidos-. (E-ED-RR - 470984/1998.5 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 24/03/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 04/04/2008)”

RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO - HERDEIROS MENORES. A disposição contida no art. 440 da CLT é específica para o trabalhador menor. Quanto à prescrição relativa à pretensão do menor herdeiro e dependente de trabalhador falecido, deve ser aplicada a legislação civil, conforme estabelecido no art. 8º da CLT. Diante disso, a prescrição não corre contra menor, nos termos dos arts. 169, I, do CC/1916 e 198, I, do CC/2002. Recurso de revista não conhecido-. (Processo: RR - 869/2000-029-15-85.5 Data de Julgamento: 12/08/2009, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 21/08/2009)”

RECURSO DE REVISTA. 1. HERDEIRO MENOR. PRESCRIÇÃO. Nos termos do art. 198 do Código Civil de 2002, não corre a prescrição contra o absolutamente incapaz. Recurso de revista não conhecido-. (Processo: RR - 808/2005-085-15-00.8 Data de Julgamento: 29/04/2009, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 22/05/2009)

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. HERDEIRO MENOR. Nos termos do entendimento desta Corte, não corre prazo prescricional contra o herdeiro menor, nos termos da orientação contemplada no artigo 169, I, do Código Civil de 1916, atual, artigo 198, I, do Código Civil de 2002. Recurso de revista não conhecido-. (Processo: RR - 84013/2003-900-04-00.6 Data de Julgamento: 05/03/2008, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/03/2008)

PRESCRIÇÃO - MENOR HERDEIRO DO TRABALHADOR FALECIDO. O art. 440 da CLT estabelece que contra menores não ocorre a prescrição. Logo não foi intuito do legislador excluir os direitos sucessórios do menor herdeiro. Assim, aplicar-se-á de forma subsidiária os arts. 169, I, c/c 5º, I, do Código Civil, de modo que a prescrição não correrá contra os herdeiros menores de 16 (dezesseis) anos. Na hipótese dos autos, a contagem retroativa da prescrição quinquenal tem como marco inicial a data do falecimento do ex-empregado, e não a data do ajuizamento da ação. Recurso de revista a que se dá provimento-. (Processo: RR - 8201/2002-900-02-00.8 Data de Julgamento: 12/12/2007, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de

Publicação: DJ 04/04/2008).

Por derradeiro, mister ressaltar que o C. TST ainda não editou orientação jurisprudencial, nem Súmula acerca da aplicação ou não do artigo 440, da CLT, às reclamações trabalhistas ajuizadas pelos menores na condição de sucessores de trabalhadores, todavia, pelo fio do exposto, depreende-se que a jurisprudência majoritária desta Corte posiciona-se pela inaplicabilidade.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 3ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed. Bahia: Editora PODIVM, 2008.

FREITAS, Christiano Abelardo Fagundes; PAIVA, Léa Cristina Barboza da Silva. Curso de Direito Individual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Curso de Direito do Trabalho para o exame da OAB. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Empregado Doméstico: direitos e deveres*. São Paulo. Método, 2006.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

UMA BREVE HISTÓRIA DA EUGENIA MUNDIAL - A MANIPULAÇÃO GENÉTICA DE PLATÃO A MICHAEL SANDEL.

Evandro Monteiro de Barros Junior¹

RESUMO

Este artigo possui o escopo de apresentar considerações sobre os limites morais da manipulação genética em uma abordagem desde os ideais platônicos aos mais modernos pensamentos do jurista-filósofo norte-americano Michael J. Sandel, e isso, diante das mais novas técnicas e descobertas da biomedicina e da engenharia genética, e sobretudo no prisma do direito e da bioética.

Palavras chave: Moral; Biomedicina; Engenharia genética; Direito; Bioética.

ABSTRACT

This article has the goal of introduce considerations of the moral limits of the genetic manipulation in approach the platonic ideals until the most modern thinks of the north-american philosopher Michael Sandel, and this, against the newest techniques and discoveries of the biomedicine and genetic engineering and above all, in the prism of the law and bioethics.

Keywords: Moral; Biomedicine; Genetic engineering; Law; Bioethics.

INTRODUÇÃO

Na Idade Antiga, Hipócrates (460 – 370 a.c.) defendia a hipóte-

¹Advogado, graduado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense - Faculdade de Direito de Campos- UNIFLU (2011). Conciliador e Mediador de conflitos - IMARJ. Pós-graduado em Direito Tributário - Universidade Anhanguera UNIDERP (2014). Mestre em Cognição e Linguagem - UENF (2017). evandroadv2009@hotmail.com

se do Pangênese, segundo o qual cada órgão ou parte do corpo de um ser vivo produziria uma gêmula que conteria as informações para a formação dessa parte ou órgão. Essas gêmulas seriam repassadas, segundo o filósofo, aos órgãos reprodutores e transmitidas aos descendentes.

Essa foi à explicação encontrada por Hipócrates para esclarecer a semelhança entre pais e filhos.

Aristóteles (384 – 322 a.c.) era opositor à ideia da Pangênese, tendo elaborado um tratado que explica a reprodução e a hereditariedade. Nesse tratado Aristóteles descreveu 4 tipos de reprodução: Reprodução sexuada com cópula, reprodução sexuada sem cópula, reprodução assexuada por brotamento, geração espontânea ou abiogênese.

Somente a pós o Século XVII, com as reflexões do médico William Harvey (1578 – 1657) os conhecimentos sobre a hereditariedade tiveram um avanço significativo.

O médico concluiu que todo animal se originaria a partir de um ovo produzido pela fêmea, e fertilizado pelo sêmen do macho. Com a aceitação das ideias de Harvey, surgiram duas importantes teorias, a da epigênese e a da pré-formação. Esta pregava que, em um dos gametas, feminino ou masculino, já havia um ser pré-formado, e aquela, dizia que os embriões se formavam nos ovos a partir de uma matéria indiferenciada e homogênea.

A genética, área da biologia que se dedica ao estudo da hereditariedade, somente desenvolveu-se como ciência a partir da metade do século XIX, tendo se destacado pela descoberta dos gametas, pela compreensão dos processos de divisão celular (mitose e meiose), pelo papel dos cromossomos e dos genes na transmissão das características hereditárias e, por fim, pela descoberta do DNA.

2. OS IDEAIS EUGÊNICOS E A BIOÉTICA

Ao longo dos séculos, desde que a humanidade passou a se

organizar em forma de sociedade, muitos pensamentos e técnicas foram desenvolvidos em busca de uma melhora no estilo de vida do ser humano, bem como de sua evolução, principalmente no que toca à esfera da genética.

Este trabalho engloba uma das questões mais importantes da bioética (os limites morais da manipulação genética) que, enquanto subárea da ética, que, por conseguinte é também filha da filosofia, traz a tona questões que já vem sendo discutidas faz tempo.

A ética, segundo o vocabulário técnico e crítico da Filosofia, é a “ciência que tem por objeto o juízo de apreciação, enquanto este se aplica à distinção entre o bem e o mal”².

Para ser mais claro a bioética (descendente da ética médica) é mais antiga do que Hipócrates, pois desde os tempos áureos da Babilônia (aproximadamente 1750 a.C), já integrava o mais relevante diploma legal da época, o Código de Hamurabi, que chegou até mesmo determinar normas de conduta aos profissionais da saúde, muito bem explicadas a seguir: “It stipulates that if a doctor uses a bronze lancet to perform a major operation on a member of the nobility that results in death or leads to the loss of an eye, the doctor’s hand will be cut off (Pritchard 1969)”³.

Além da contemplação da bioética em diplomas legais, os códigos éticos (o que mais nos importa nesse trabalho) já eram expressos oralmente em forma de juramentos, “the oath establishes the principles of beneficence and nonmaleficence, that is, that doctors must act as to benefit their patients and seek to prevent harm”⁴.

Podemos afirmar que a bioética vem se aprimorando cada vez mais ao longo dos séculos, e mais ainda nas últimas décadas, considerando o teor do próprio juramento de Hipócrates e a evolução das ciências biomédicas, bem como dos códigos de ética e disciplina mais avançados.

²AVocabulário técnico e crítico da filosofia. André Lalande. – 3º ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³A Companion to Bioethics. Second edition. 2009. P. 4.

⁴Idem. P. 5.

A bioética versa sobre a responsabilidade moral dos médicos e biólogos em suas pesquisas teóricas e principalmente nas aplicações práticas dessas pesquisas, ou seja, nas condutas dos profissionais que lidam com a vida e a saúde, que devem ser determinadas a luz de princípios morais.

3. PROBLEMA

A partir de agora adentraremos num dos assuntos mais discutidos no âmbito da bioética, para chegarmos ao nosso escopo principal, que diz respeito à questão dos limites morais da manipulação genética, um sonho antigo dos homens que se tornou realidade no século passado.

Falemos então sobre a eugenia, um termo que vem do grego e que traduz, segundo consta no dicionário Michaelis, a “Ciência que se ocupa com o estudo e cultivo de condições que tendem a melhorar as qualidades físicas e morais de gerações futuras, especialmente pelo controle social dos matrimônios”⁵.

Esse conceito, que por si só já é polêmico, principalmente em virtude das ações empreendidas com vistas a esses objetivos em determinados momentos da nossa história, foi forjado, segundo alguns membros da comunidade científica por Francis Galton (1822 – 1911), que não foi o primeiro a pensar em colocá-la em prática, visto que já na antiga Grécia, o filósofo Platão, em sua magnífica obra *A República* almejava uma sociedade se aperfeiçoando por processos seletivos (PLATÃO, 1961), porém, Platão planejava uma classe elitizada, que seria a classe dos guardiões, ou seja, a eugenia de Platão não estava direcionada a toda a sociedade.

Galton acreditava ser possível evitar problemas de doenças e garantir melhoramentos da espécie humana evitando cruzamentos indesejáveis, mas o que nos inquieta hoje é que a engenharia gené-

⁵<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=eugenia>. Consultado em 15/02/2016.

tica já é capaz de aperfeiçoar o indivíduo, independentemente dos cruzamentos.

Há estudiosos que sustentam que os habitantes de Esparta, Cidade-Estado helênico, já priorizavam a prática da eugenia frente aos recém-nascidos, que eram segundo estes avaliados por uma comissão de anciãos no intuito de garantir a perpetuação de pessoas saudáveis, todavia, cabe frisar que essa não seja uma corrente absoluta em relação aquele povo:

[...] os espartanos mantinham um acompanhamento cuidadoso na gravidez de suas mulheres que eram levadas para fazer exercícios que possibilitassem uma melhor gestação. Ao nascer, a criança era avaliada por uma comissão de anciãos que buscava observar se o recém-nascido apresentava saúde perfeita, caso contrário ocorreria a sua execução (infanticídio)⁶.

Na obra de Platão, há a menção de Sócrates em uma conversa que trata da miscigenação entre os gregos, o que seria para o clássico filósofo uma ofensa aos ensinamentos dos Deuses.

[...] God has framed you differently. Some of you have the power of command, and in the composition of these he has mingled gold, wherefore also they have the greatest honour; others he has made of silver, to be auxiliaries; others again who are to be husbandmen and craftsmen he has composed of brass and iron; and the species will generally be preserved in the children. But as all are of the same original stock, a golden parent will sometimes have a silver son, or a silver parent a golden son. And God proclaims as a first principle to the rulers, and above all else, that there is nothing which they

⁶GARCIA, K. Eugenia – Ética e Direito. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/forum/2215/eugenia-etica-e-direito/>

should so anxiously guard, or of which they are to be such good guardians, as of the purity of the race. Such is the tale; is there any possibility of making our citizens believe in it ?⁷

Nesse viés, o conto-engodo de que a divisão de seres humanos em diferentes classes teria sido uma criação divina, classes estas nas quais alguns teriam em sua composição o ouro, outros a prata, e outros o cobre, teria a pretensão de fazer os cidadãos crerem que deveriam manter suas virtudes realizando casamentos sem fugir de suas castas.

A separação dos bebês bem-nascidos, ou seja, geneticamente melhores deveria ser feita de maneira bem clara à sociedade, obviamente que depois que tivesse sido seguramente enganada pelo embuste, como demonstra a discussão entre Sócrates e Glauco na *República*:

The proper officers will take the offspring of the good parents to the pen or fold, and there they will deposit them with certain nurses who dwell in a separate quarter; but the offspring of the inferior, or of the better when they chance to be deformed, will be put away in some mysterious, unknown place, as they should be⁸.

Segundo Glauco, no diálogo com Sócrates, esse seria o meio eficaz para preservar a pureza da raça dos guardiões.

Nesse ponto, já pode ser claramente identificado um verdadeiro problema moral apresentado pelos protagonistas da farsa, o descarte dos “mal-nascidos” como garantia de uma sociedade mais saudável e feliz, ou mesmo bela.

Os filósofos trocaram ainda muitas ideias a respeito daquele

⁷PLATO. The Republic. Release Date: August 27, 2008 [EBook #1497], Last Updated: November 5, Book V). www.gutenberg.org

⁸Idem.

projeto ambicioso, um verdadeiro embrião do que viria acontecer em diversas partes do mundo séculos depois.

Sócrates, naquela oportunidade, ainda versou sobre a idade apropriada para a procriação, tanto do homem, como da mulher, declarando que estas deveriam procriar desde os 20 aos 40 anos e, aqueles “logo depois de passado o primeiro ímpeto de juventude até os 55”.

Eis mais um problema moral encontrado na fala do filósofo, que pretendeu uma determinação do Estado face aos indivíduos, um problema que fere a liberdade, o que foi chancelado por Glauco em seguida: – “You suppose the wives of our guardians to have a fine easy time of it when they are having children”⁹.

Já, no Século XVII, muito tempo após o embrião das ideias eugênicas propostas por Platão, Tommaso Campanella escreveu *La Città del Sole*, ou *A Cidade do Sol* (em português), obra em que também apresenta ideais do mesmo quilate, como, por exemplo, a seleção para cruzamentos entre seres humanos, que seria tão cuidadosa quanto a dos animais domésticos, como na pretensão de que os magistrados devessem ser incumbidos de escolher os casais para as relações sexuais.

Aqui se repete o mesmo problema moral de imposição do estado aos cidadãos, uma grave violação da liberdade almejada mesmo que séculos depois dos clássicos gregos.

Além disso, foram traçadas por Campanella algumas diretrizes básicas para o sucesso nos cruzamentos, como por exemplo, o que fora apresentado no diálogo entre o Ospitalario (Grão Mestre) e o Genovese (Almirante) no livro poético¹⁰:

- **OSPITALARIO** - Or dimmi della generazione.
- **GENOVESE** - Nulla femina si sottopone al maschio,

⁹Ibidem.

¹⁰Campanella, Tommaso. *La Città del Sole*. collezione: Centopaginemillelire, Newton & Compton, Roma, 1995. (P. 10).

se non arriva a dicinov'anni né maschio si mette alla generazione inanti alli vintiuno, e più si è di complessione bianco.

Além da peculiaridade no que tange a idade apropriada para a procriação, há um problema moral ainda de maior relevância, que é o fato de que qualquer relação sexual somente poderia acontecer com a prévia autorização de Grande Magistrado da Geração, ou seja, o grande doutor da Medicina, que, na Cidade do sol ostentava o posto mais elevado entre todos na sociedade, exceto o posto do próprio Triúnviro Amor, nesse sentido segue a explanação: “[...] non lo fanno senza far parola al maestro maggiore, che è um gran medico, e sottostà ad Amore, Prencipe ufficiale”¹¹.

Como já visto, há séculos, o homem tem realizado técnicas de melhoramento genético em favor de seu interesse, assim como nos dias de hoje é cada vez maior a utilização dessas técnicas em plantas e animais em prol do interesse humano, mas a pergunta é: em que medida estaria em nosso interesse o melhoramento genético do homem?

Nesse âmbito de priorização das necessidades e ainda mais dos nossos interesses, devemos nos preocupar, pois não são somente essas realizações benéficas que têm ocorrido ao longo da história, visto que, por outro lado, há projetos autoritários do Estado que visam à eugenia, contrariamente à liberdade e ao consentimento individual, bem como à noção de dignidade do homem, algo determinadamente inclinado a ferir ideais liberais ou mais radicalmente libertários.

Atualmente, como num contrassenso, já é possível que os pais, em um âmbito privado, realizem a eugenia, sem a interferência do Estado, o que reflete também um problema moral, diga-se de passagem.

Tais tentativas podem ser consideradas tanto motivadoras

¹¹Ibidem.

quanto polêmicas e preocupantes por suas próprias naturezas, visto que já houve no passado grande aceitação por parte da sociedade, como retratado por Newman na década de 1920.

Vejamos um dos exemplos de eugenia para que possamos compreender a profundidade e importância do tema:

Nos Estados Unidos da América, há leis que proíbem o casamento de epiléticos, insanos, alcoólatras, miseráveis, idiotas, defeituosos e aqueles afetados por doenças venéreas. Seria desejável que essas leis não só fossem mais uniformes e difundidas, como também mais rigidamente obrigadas a serem cumpridas¹².

Na década de 1930, com a ascensão de Adolf Hitler ao poder na Alemanha, seu livro de doutrina política, *Mein Kampf*, foi lido pela maior parte da população alemã como uma bíblia.

Naquele momento importante da história do mundo, a sociedade germânica estava sendo completamente influenciada pelos aspectos legais norte-americanos, e pela obra do “Conde de Gobineau” intitulada como *Essai sur l'inégalité des races humaines* (1855), em português Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas, considerada por muitos como um dos primeiros trabalhos sobre eugenia e racismo publicados no século¹³.

Como já vimos, o que se prezava na época era a pureza da raça Ariana, que contrariamente ao que propusera Platão, visava um melhoramento genético que englobasse todo o povo alemão, o que permite a observação de que no entendimento do governo do Terceiro Reich as pessoas também não deveriam se misturar, mas sim realizar cruzamentos segundo um rigoroso critério:

Every animal mates only with a member of the same

¹²NEWMAN, H. H. 1921. P. 477. Readings in evolution, genetics, and eugenics. Chicago, The University of Chicago.

¹³J.A.Gobineau: “Moral and intellectual diversity of races.” J.B.Lippincott & Co, Philadelphia (1856). (P.337/338).

species. The titmouse seeks the titmouse, the finch the finch, the stork the stork, the field mouse the field mouse, the dormouse the dormouse, the Wolf the she-wolf, etc¹⁴.

O Ditador fundamentava seu posicionamento, em prol da sociedade alemã que, conforme seus critérios, seria superior a todas as outras, tudo isso em busca de uma pureza racial nacional-socialista. Ele chegou afirmar em sua obra que: “The offspring will probably stand higher than the racially lower parente, but not as high as the higher one”, e, completando seu entendimento na época deixou o seguinte escrito: “[...] Such mating is contrary to the will of Nature for a higher breeding of all life. The precondition for this does not lie in associating superior and inferior, but in the total victory of the former”¹⁵.

Durante o regime Nazista, esses métodos foram aplicados com vigor, submetendo os alemães que não cumpriam as normas legais em favor da eugenia a penas severas, pois como se pode observar as palavras de Hitler em seu livro eram de comando a toda sociedade alemã: “And struggle is Always a means for improving a specie’s health and power of resistance and, therefore, a cause of its higher development”¹⁶.

O “Fuehrer” sustentava argumentos fechados e radicais para perpetuar sua vontade:

If the process were diferente, all further and higher development would cease and the opposit would occur. For, since the inferior Always predominates numerically over the best, if both have the same possibility of preserving life and propagating, the inferior would

¹⁴H. Adolf. Mein Kampf. A Mariner Book. Houghton Mifflin Company. Boston – New York. 1943. P. 284.

¹⁵Ibidem.

¹⁶Ibidem.

multiply so much more rapidly that in the end the best would inevitably be driven into the background, unless a correction of this states of affairs were undertaken¹⁷.

Nesse interim, cabe mencionar a tentativa de criação de uma raça perfeita pela Irma do filósofo Friedrich Nietzsche, a partir de uma ideologia oriunda do compositor preferido de Adolf Hitler, nada mais nada menos do que Richard Wagner, e isso foi experimentado aqui na América do Sul, como pode ser conferido:

“In Paraguay there is an isolated village with an unusual name: Nueva Germania, New Germany. Its inhabitants look quite different from their neighbors. Many have bold hair and blue eyes. Their names are not Spanish, but are more likely to be Schutte or Neumann. These people are the descendants of an experiment, an experiment in improving humanity. Their ancestors were chosen from the people of Saxony in 1886 by Elisabeth Nietzsche-sister of the philosopher, who himself uttered the immortal phrase “What in the world has caused more damage than the follies of the compassionate”? – The idea was suggested by Wagner (who planned to visit, although he never did). They were expected to found a community so favored in its genetic endowment that it would be the seed of a new race of superman”¹⁸.

O referido autor chegou a mencionar em sua obra que: “No serious scientist now has the slightest interest in producing a genetically planned society. But the explosion in knowledge means that society will soon, like it or not, be faced with ethical problems of the

¹⁷Ibidem.

¹⁸Jones, Steve. *The language of genes: Solving the mysteries of our genetic past, presente and future*. Anchor Books. 1944. (P. 224).

kind comprehensively ignored by the founders of eugenics”¹⁹.

Já na primeira década do século XXI, especificamente no ano de 2009, o filósofo norte-americano Michael J. Sandel publicou uma obra que se tornou relevante mundialmente pela abrangência e importância do seu conteúdo. Trata-se do livro *The case against perfection: ethics in the age of genetic engineering*, que trouxe à tona símileas claros, inclusive alguns referentes a fatos que ocorreram na sociedade, como o caso de um casal que desejava ter um bebê surdo, e utilizou-se das tecnologias mais novas da biomedicina para realizar tal objetivo.

O pretexto para a decisão do casal era que as duas (eram duas mulheres) eram acometidas da deficiência auditiva absoluta, todavia se orgulhavam dessa característica, sustentando que esse era um traço de identidade dos membros da comunidade do orgulho surdo.

A propósito, devemos nos atentar para um ponto importante nessa história toda, o fato de que temos aqui um caso de autoritarismo, não do Estado, mas por parte dos indivíduos, o que denota um problema moral.

Os fatos motivaram Sandel a desenvolver algumas questões:

Is it wrong to make a child deaf by design? If so, what makes it wrong—the deafness or the design? Suppose, for the sake of argument, that deafness is not a disability but a distinctive identity. Is there still something wrong with the idea of parents picking and choosing the kind of child they will have? Or do parents do that all the time, in their choice of mate and, these days, in their use of new reproductive technologies²⁰?

Diante do exposto acima, cabe-nos imaginar os seguintes casos

¹⁹Ibidem. (P. 225).

²⁰Sandel, Michael J. *The case against perfection: ethics in the age of genetic engineering*. First Harvard University Press paperback edition, 2009. (P. 2).

hipotéticos para que possamos analisar a questão dos limites morais da manipulação genética:

1- Casal heterossexual e ambos surdos quer ter um filho. Há algo de imoral nisso?

2- Homem heterossexual que é surdo procura uma mulher surda para a finalidade de ter uma prole surda. Há algo de imoral nisso? Observem que nesse caso não houve apelo a biotecnologia.

Contra a tese do casal que projetou um filho surdo há várias argumentações: em primeiro lugar, uma coisa é querer ter um filho com características parecidas com a dos progenitores (biológicos ou mesmo os que adotam), outra coisa é querer um deficiente, ao passo que, vale também a assertiva, por mais absurdo que isso possa parecer, de que eles poderiam deixar o filho crescer e escolher ser surdo quando tivesse maturidade para auferir tal juízo.

Entre diversos dilemas, o filósofo abarca o fato de que o nosso conhecimento genético, tão aprimorado nos últimos anos, nos permite manipular nossa própria natureza, ou seja, “[...] to enhance our muscles, memories, and moods; to choose the sex, height, and other genetic traits of our children; to improve our physical and cognitive capacities; to make ourselves “better than well²¹”, e, conforme a opinião do autor, que não é diferente da de muitos especialistas no assunto, as pretensões humanas, face aos seus novos herdeiros, não são nada modestas.

Para não falarmos na ambição de alguns em relação ao futuro, almejando superatletas, grandes gênios da música e das artes, bem como seres humanos com capacidades extraordinárias em outras áreas, como, por exemplo, para a realização de cálculos matemáticos de alta complexidade ou mesmo uma capacidade extraordinária de memorização. Ora, não há nesses casos também um problema moral?

²¹Ibidem. (P. 6). A frase “melhor do que a encomenda” (better than well) é Carl Elliot, *Better Than Well: American Medicine Meets The American Dream* (Nova York: W.W. Norton, 2003, que, por sua vez, cita Peter D. Kramer, *Listening to Prozac*, ed. Rev. (Nova York: Penguin, 1997).

Outra questão formulada por Sandel engloba também o meio comum, visto que não interessa somente ao *metiê* acadêmico, e pode ser encontrada até mesmo no meio social em conversas informais: “What exactly is wrong with creating a child who is a genetic twin of his or her parent, or of an older sibling who has tragically died, or, for that matter, of an admired scientist, sports star, or celebrity”²².

Parece bastante claro que o que há de problemático nessas pretensões é o fato de os seres criados não poderem ser livres para optar em ser ou não clones, ou gêmeos idênticos, ou até mesmo super-seres-humanos, como por exemplo, o caso hipotético de um sujeito que reclame com seus pais por não ter optado em nascer no Brasil, ser de família pobre, baixinho etc.

No que tange aos super-seres, há também uma preocupação no sentido contrário, como o espectro que ronda para efeitos de produção de seres inferiores intelectualmente e em outros aspectos para servirem aos superiores.

Já há algum tempo em países mais desenvolvidos era possível o uso de medicamentos para o estímulo do crescimento, como apresentou Jones: “In the United States this has already led to demands for growth hormone to be given to children with a slight inherited deficiency who grow up a few inches shorter than average and would once have been accepted as perfectly ordinary”²³, possibilidade esta que logo chegou como novidade no Brasil aproximadamente no final da década de 1990, pelo viés do conhecimento de médicos mais dedicados.

4. O CASO DE “F”. E “D”.

Com base nisso consideremos a título de exemplo o caso verídico de dois amigos adolescentes (que chamarei aqui de **F** e **D**), que deixou um impacto imenso em um deles para o resto da vida:

²²Ibidem.

²³Jones, Steve. The language of genes: Solving the mysteries of our genetic past, present and future. Anchor Books. 1944. (P. 228)

F e **D** eram amigos e estudavam na mesma turma da escola, ocorre que **F**, era não somente mais baixo que **D**, mas era também de longe o mais baixo da turma.

Com o tempo as coisas foram mudando, naturalmente **D** parou de crescer, e **F** cresceu consideravelmente, ultrapassando em tamanho vários colegas da turma, inclusive **D**.

O curioso é que o pai de **F**, um notável médico da cidade, utilizou medicamentos em seu filho que resultaram em seu crescimento, porém o pai de **F** era também médico de **D**, mas por motivos até hoje não sabidos não prescreveu os medicamentos para o crescimento de **D**.

Quando **D** soube do fato, anos depois, reclamou com sua mãe e com o doutor, questionando o porquê de ele ter sido preterido quanto à prescrição da medicação, mas já era tarde de mais. **D** ficaria frustrado para o resto de sua vida.

Como já dito, a compulsoriedade às crianças projetadas em serem de uma determinada maneira delas tiraria o direito de escolher que tipo de futuro desejariam ter, o que elas gostariam de ser quando crescessem, porque como diria Sandel: “It violates the child’s right to autonomy”; ou seja fere sua autonomia e viola seu direito à escolha própria de um projeto de vida, mas se considerarmos a hipótese de terem eles nascido de forma natural (sem manipulação genética), teriam direito de escolher como seriam? Ou mesmo, que tipo de futuro queriam ter? E se elas fizessem a seguinte pergunta aos seus pais, quando já estivessem maduras: Por que vocês não lançaram mão da ciência para fazerem de mim um ser melhor, mais perfeito, com mais virtudes e menos defeitos?

No mundo acadêmico é fácil constatar a resistência de filósofos, teólogos e teóricos políticos quando se trata desses temas, todavia, Sandel ponderou: “Should we devote our biotechnological ingenuity to curing disease and restoring the injured to health, or should we also seek to improve our lot by reengineering our bodies and minds”²⁴?

²⁴Sandel, Michael J. The case against perfection: ethics in the age of genetic engineering. First Harvard University Press paperback edition, 2009. (P. 16).

O filósofo menciona o filme *Gattaca – Experiência genética*, de 1997 que retrata um futuro próximo que podemos considerar possível diante das descobertas e criações da ciência moderna, um futuro no qual os pais terão em sua rotina a prática da eugenia, testando e escolhendo os embriões de seus filhos, podendo direcioná-los às características almejadas por eles, pais, como QI, altura, imunidade, sexo e outras.

Desse modo, Sandel opina: “There is something troubling about the *Gattaca* scenario, but it is not easy to identify what exactly is wrong with screening embryos to choose the sex of our children”²⁵.

É exatamente esse tipo de sentimento que nos convida a filosofar, como assevera Sandel em *Justice*, de maneira a apresentar aos seus leitores como as reflexões morais surgem na vida na Polis, como os problemas do dia a dia devem ser pensados e solucionados, como as relações entre os homens devem ser compreendidas e encaradas sob uma ótica de responsabilidade que cada um deve tomar para si²⁶.

Tudo isso nos indica que os dilemas morais nos levam a uma busca pela perfeição como seres humanos, lapidando todos nós no que concerne às questões de justiça, o que é certo ou não fazer, julgamentos em relação a dignidade do homem, liberdade e em última instância nossa própria segurança, saúde e vida.

Quanto à manipulação genética, o autor apresenta seu posicionamento, declarando que o problema nesses casos, não está somente nos meios empregados, mas também nos fins alcançados pela prática da eugenia, mas admite que é difícil identificar quais práticas reduzem à humanidade:

The trouble resides not only in the means but also in the ends ‘being aimed at. It is commonly said that enhancement, cloning, and genetic engineering pose a threat

²⁵Ibidem. (P. 21).

²⁶Sandel. M. J. *Justice: what’s the right thing to do?*. Farrar, Straus and Giroux. New York. 2009.

to human dignity. This is true enough. But the challenge is to say how these practices diminish our humanity. What aspects of human freedom or - human flourishing do they threaten²⁷?

Nesse sentido, o autor condena até mesmo a prática eugênica para fins desejáveis, tomando como exemplo o talento musical e aptidão para esportes, e assevera que mesmo a escolha dos pais por essas qualidades viria a conduzir a prole a uma escolha de vida determinada, negligenciando a autonomia do indivíduo, violando o direito de escolha e liberdade daquele ser.

Existem, todavia, melhoramentos almejados por nós que não seriam nada além de benéficos para nossa espécie, como a eliminação de doenças hereditárias e características físicas limitadoras, como baixa estatura, obesidade e outras como problemas de visão. Que mal haveria nisso?

A galopante evolução de várias esferas da ciência, direcionam pesquisadores a acreditar ser possível descartar tais características genéticas indesejadas, para que tenhamos uma vida melhor, o que não se confunde com o projeto embrionário de eugenia desde os gregos (de cunho militar e dominador), transpassando os pensadores de séculos posteriores, até o surgimento do Nazismo (também de cunho militar, mas ideológico racial), sua queda e os dias de hoje. Em se tratando do lado bom de se pensar a eugenia, são apresentadas por Sandel questões que não somente filósofos e pensadores alguma vez chegaram a pensar, mas também pessoas do senso comum, como por exemplo:

Would sex selection under those conditions be unobjectionable? What if it became possible to select not only for sex but also for height, eye color, and skin co-

²⁷Sandel, Michael J. *The case against perfection: ethics in the age of genetic engineering*. First Harvard University Press paperback edition, 2009. (P. 24).

lor? What about sexual orientation, IQ, musical ability, and athletic prowess? Or suppose that muscle enhancement, memory-enhancement, and heightenhancement technologies were perfected to the point where they were safe and available to all. Would they cease to be objectionable²⁸?

Nessa linha, até que ponto seria moral melhorar a espécie humana através da engenharia genética, tendo em vista que isso torna o problema atual diferente da proposta de Platão?

Seria possível realizar esse feito sem que infringíssemos os limites morais? Até que ponto o ser humano está preparado para chegar sem que despreste as regras éticas se a ética está fundada na razão?

Para não falarmos dos direitos humanos e das normas éticas que protegem a vida, seria possível avançar nessa prática (manipulação genética) sem que rasgássemos tais estatutos?

Voltando a Galton, que estava convicto de que a maioria das qualidades físicas, mentais e morais dos humanos eram herdadas, para ele o progresso humano dependeria de como essas qualidades seriam passadas para as gerações futuras, pois ele estava interessado na chamada herança do *Genius*:

Galton introduced the idea that human attributes are coded into the unique inheritance which led, indirectly, to today's explosions in human genetics. He was particularly interested in the inheritance of *genius* (a class within which he placed himself). In his 1869 book *Hereditary Genius* Galton investigated the ancestry of distinguished people and found a tendency for "genius," as he called it, to crop up again and again in the same family²⁹.

²⁸Ibidem. (P. 23).

²⁹Jones, Steve. *The language of genes: Solving the mysteries of our genetic past, present and future*. Anchor Books. 1944. (P. 14).

O cientista tinha o objetivo de incentivar o nascimento de indivíduos notáveis ou mais aptos na sociedade e desencorajar o nascimento dos inaptos, e, perseguindo seus objetivos propôs o desenvolvimento de testes de inteligência para selecionar homens e mulheres brilhantes destinados à reprodução seletiva e deu origem ao conceito de testes mentais (de inteligência), testando a habilidade motora e a capacidade sensorial de indivíduos.

Francis Galton foi o primeiro a tentar estabelecer as diretrizes ou bases da herança genética humana por meio de uma identificação clara de atributos definidos, tais como, adquirir ou perder níveis de julgamento que especulam sobre qualidades vagas, como musicalidade ou fraqueza de caráter.

A genética, segundo Jones, é a chave do passado, visto que todo gene humano possui um ancestral, o que significa que o padrão da variação da herança genética pode ser usado para montar uma imagem da História mais completa do que qualquer outra fonte.

Se observarmos bem, perceberemos que cada gene é uma mensagem dos nossos ascendentes, que juntos contém a história completa da evolução humana.

Cada um de nós, para ele, é um fóssil vivo que carrega consigo o registro capaz de ir até os primórdios da humanidade e além.

Essa crença tornou-se realidade, como podemos constatar nas palavras do estudioso em sua obra considerada referência mundial:

Personal DNA patterns can track down damaged genes and allow parents to choose whether to risk having a child with an inborn disease. Nearly five thousand such diseases are known and if we include, as we should, all ailments (such as cancer and heart disease) which have an inherited component, then most people die because of the genes they carry³⁰.

³⁰Jones, Steve. The language of genes: Solving the mysteries of our genetic past, present and future. Anchor Books. 1944. (P. 14).

Através do conhecimento já alcançado pela ciência é possível sanar todo esse mal lançando mão das técnicas de manipulação genética, deixando para o futuro seres mais saudáveis, agora, será que a utilização prática dessas técnicas se traduziriam em atitudes moralmente más?

Devido aos estudos e avanços mencionados, nos dias de hoje é possível encontrar particularidades do nosso DNA para evitar genes danificados, o que possibilita também que os pais escolham o filho que querem ter, deficiente ou não.

Na utilização prática dessa ciência, faz-se necessário a observância da moral para que não haja violação das normas éticas protetoras do ser humano, e isso, em virtude de ser comum na atualidade a transmutação de genes com objetivo de melhoramentos das qualidades e princípios nutritivos de plantas bem como fortalecimento de características dos seres humanos.

Há duas ramificações no que tange à eugénica: a primeira seria a eugénica negativa, cuja preocupação é prevalente no sentido de servir para o escopo de prevenir e curar doenças e más formações de origem genética; e a segunda seria classificada como eugénica positiva, cujo objetivo maior é a melhoria das capacidades humanas objetivamente, nas várias ordens de categorias psicofísicas.

Edivaldo Albuquerque já afirmou em artigo científico o seguinte:

[...] a eugenia, um tema que parecia ter sido extinto ao final da Segunda Grande Guerra com a queda do império nazista, todavia encontra-se cada vez mais atual. De fato, pode-se afirmar que jamais deixou de ser atual, pois acompanha o homem por toda a sua evolução. Na verdade, o instinto eugênico é inerente a todos os animais, assim como o instinto de sobrevivência³¹.

³¹ALBUQUERQUE, Edvaldo. Responsabilidade Civil e Eugenia. 11/2011 Disponível em: <http://jus.com.br/>

Nesse ínterim, é necessário ressaltar que em nós, seres humanos, os ideais de eugenia não estão no instinto, mas sim na vontade.

Como já visto, existe hoje a interferência da medicina nos processos de fecundação e desenvolvimento do feto até mesmo na escolha de suas características físicas como: sexo, cor dos olhos, capacidade cognitiva etc. e, com base nesses questionamentos, propomos uma dissertação a respeito das teorias da evolução genética e sua correspondência com a moral.

O conceito de perfeição é algo muito subjetivo, visto que há de se ter um parâmetro para se aferir o que é perfeito, então, a partir de qual concepção devemos buscar a perfeição? O que seria nosso guia para essa análise do que poderia ser ou não perfeito? Levaríamos em conta o entendimento de um só filósofo e deixaríamos todos os outros posicionamentos de lado para alcançar a perfeição?

Dentre outras questões, permanecem algumas ainda relevantes: Qual é o verdadeiro conceito de perfeição, ou mesmo o mais correto e preciso? Que modelo de perfeição devemos adotar e seguir? Focando na questão do perfeccionismo (uma forma de consequencialismo), quais são as qualidades ideais para um guardião? Seriam elas as mesmas de um *well ordered dog*, ou seja, a de um cão com pedigree? O guardião perfeito deve a final de contas ser um filósofo?

Uma definição bastante precisa do que seja o perfeccionismo foi apresentada pelo neo-aristotélico Thomas Hurka, como segue:

This moral theory starts from an account of the good life, or the intrinsically desirable life. And it characterizes this life in a distinctive way. Certain properties, it says, constitute human nature or are definitive of humanity—they make humans human. The good life, it then says, develops these properties to a high degree or realizes what is central to human nature. Different versions of the theory may disagree about what the relevant properties are and so disagree about the content of

the good life. But they share the foundational idea that what is good, ultimately, is the development of human nature³².

Por fim, uma questão que paira sobre nosso trabalho, porém será abordada em outra oportunidade: Seria moralmente permissível não desejar a perfeição?

A partir do modelo de perfeição adotado é que seriam determinados os cruzamentos para a finalidade de se atingir o que se almeja dos resultados genéticos, e, nesse sentido deve haver um limite moral para que não seja desordenadamente possível a determinação dos pais, e por parte do Estado, para o que os filhos irão ser, ou como irão nascer em relação as suas características físicas (altura, cor dos olhos etc.) e ou habilidades como (velocidade, inteligência, memória, entre outras).

Segundo o imperativo categórico de Kant, o Estado deve se justificar perante o indivíduo, daí não se admitir medidas eugênicas determinadas pelo Estado, mas o que fazer diante da facilidade atual de se praticar eugenia entre particulares, sem que o próprio Estado venha a ser consultado?

5. PERORAÇÃO

Acreditamos que o objeto de estudo deste artigo, a saber, considerações sobre questões importantes do direito, da ética e da bio-ética, mais especificamente sobre os limites morais da manipulação genética, seja verdadeiramente significativo pelas seguintes razões.

A primeira deve-se ao fato de que acreditamos ser necessário discutirmos questões relacionadas à moralidade e seus possíveis fundamentos em qualquer contexto, sobretudo em uma sociedade como a nossa, cada vez mais marcada por um relativismo moral e, porque não dizer, por um ceticismo moral, sem contar que se trata

³²Hurka, Thomas (1993). *Perfectionism*. Oxford University Press, p. 3.

de uma sociedade que desenvolve a cada dia uma técnica nova na esfera da biomedicina, descobertas na seara da genética e grandes inventos no que toca engenharia genética e biotecnologia.

Justamente por esses motivos, o presente artigo é relevante na medida em que estabeleceu discussões sobre os limites morais que são encontrados em situações de extrema importância, pois colocam a espécie humana em um dilema. Benefícios ou perigos? Será o começo da glória ou o final de tudo?

A segunda diz respeito a uma questão estritamente acadêmica, visto que, este tema vem sendo discutido em todo o mundo por filósofos, médicos, bioeticistas, psicólogos, juristas e estudiosos de diversas áreas, devido à relevância do assunto que não é novo, mas sempre atual.

Nesse sentido, este artigo justifica-se uma vez que acreditamos ter encontrado questões cardinais em relação ao tema, questões estas que consideramos obrigatórias moralmente aos que cuidam de tão elevado assunto.

Além das razões expostas alhures, nosso desiderato se justifica na medida em que, ao estabelecermos uma discussão sobre questões de ética e bioética, nos propomos à tarefa de discutir tal problemática com outras áreas do conhecimento, mais exatamente, com a filosofia e os entendimentos mais novos do filósofo norte-americano Michael Sandel.

6. REFERÊNCIAS

LALANDE, A. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. – 3º ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Kuhse. H and Singer. P. **A Companion to Bioethics**. Second Edition. 2009 Blackwell Publishing Ltd. P. 4.

PLATO. **The Republic**. Release Date: August 27, 2008 [EBook

#1497], Last Updated: November 5, Book V). www.gutenberg.org .

GARCIA, K. **Eugenia – Ética e Direito**. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/forum/2215/eugenia-etica-e-direito/> .

CAMPANELLA, T. **La Città del Sole**. collezione: Centopagine-millelire, Newton & Compton, Roma, 1995.

NEWMAN, H. **Readings in evolution, genetics, and eugenics**. Chicago, The University of Chicago. 1921.

HITLER, A. **Mein Kampf**. A Mariner Book. Houghton Mifflin Company. Boston – New York. 1943.

GOBINEAU, J. A. **Moral and intellectual diversity of races**. J.B.Lippincott & Co, Philadelphia (1856).

JONES, S. **The language of genes: Solving the mysteries of our genetic past, present and future**. Anchor Books. 1944.

SANDEL, M. J. **The case against perfection: ethics in the age of genetic engineering**. First Harvard University Press paperback edition, 2009.

SANDEL, M. J. **Justice: what's the right thing to do?** Farrar, Straus and Giroux. New York. 2009.

ALBUQUERQUE, E. **Responsabilidade Civil e Eugenia**. 11/2011 Disponível em: <http://jus.com.br/>

HURKA, Thomas. **Perfectionism**. Oxford University Press. 1993.

OPRECEDENTE BRASILEIRO: ALGUNS APONTAMENTOS E REFLEXÕES SOBRE SUA FUNÇÃO, NASCIMENTO E DIFERENCIAÇÃO FACE O *COMMON LAW* (BRASIL: 1988-2015)

Francisco Pereira Pinto Filho¹

CAPÍTULO 1 - A DECISÃO JURÍDICA, JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES

1.1- NORMA É SINÔNIMO DE ENUNCIADO NORMATIVO?

Partindo do que já foi exposto anteriormente, é possível perceber a grandiosidade da importância da interdependência das funções do Estado, em que o Judiciário cada vez mais em sua via “contraproducente”² vem assumindo destaque. Contudo, nem sempre

¹Advogado. Procurador-Adjunto no Município de São João da Barra.

²Aqui no sentido de atuação como contramajoritária, sem necessidade de legitimação popular direta.

foi visto dessa forma.

Para que fosse possível resolver os fatos sociais que lhes eram e são postos, em quantidade crescente e cada vez mais repetitiva quanto à matéria, buscou o Estado, métodos de resolução que alcançassem uma rápida resposta, chegando-se ao ponto de suprimir muitas vezes o contraditório em busca de uma “sede” por velocidade nos julgamentos³.

Percebeu-se que tal técnica acabava por não atender aos anseios das partes. Em verdade, dois problemas eram claros: a) a técnica de decisão era ínsita ao magistrado que conduzisse o julgamento; b) buscava-se primordialmente a “verdade” dos fatos, e não a solução em si, dos fatos postos à decisão.

Com o passar dos tempos, tal sistema foi autofágico, em uma rota a levar os que se submetiam ao julgado a questionar as razões que levaram àquele resultado do processo⁴. Buscava-se mais do que a decisão, era o estágio em que se exigia a fundamentação e a demonstração do efetivo aproveitamento do contraditório – ciência dos fatos e participação/influência – instaurado no processo.

Diante desse cenário, já no século XX, surgem grandes obras tratando das técnicas de decisão, dentre elas, o célebre *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁵, de autoria do Professor Karl Larenz em 1960. Apesar do objetivo da obra não fosse especificamente sobre o processo e sim sobre a Teoria Geral do Direito, as repercussões foram diversas e diretas, vez que a Ciência Processual resta contida na Ciência do Direito.

Muito embora varie em conseqüências e particularidades de acordo com o sistema⁶ e direito positivo vigente, um ponto é co-

³A respeito do tema, Leonardo Faria Schenk demonstra como a se evoluiu e tratou o tema da “cognição sumária” desde o ordo iudicarius e o famoso edito papal de Clemente V em 1306, denominado de Clementina Saepe, até o direito processual chamado de neoprocessualismo; vide: SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴Embrião da própria ideia de *ratio decidendi*.

⁵Em tradução literal: Metodologia da Ciência do Direito.

⁶Clássica divisão entre Common Law e Civil Law, muito embora autores como José Carlos Barbosa Moreira e Fredie Didier venham defendendo a ideia de inexistência de modelo exclusivamente com os contornos inaugurais de suas respectivas teorias.

num: deve existir uma técnica de julgamento e, tais resultados devem ser iguais em suas igualdades.

Surgia-se assim, uma maior atenção tanto no conduzir interpretativo, quanto ao próprio resultado do julgamento, que por sua vez era o resultado do objeto interpretado. O próprio Larenz dizia que a interpretação era “uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”⁷.

Podem parecer um tanto demasiado abstrato o tratamento da matéria, mas delimitar até onde vai a interpretação é fator nevrálgico para estabelecer a competência institucional do Judiciário nesse aspecto.

Para isso, parte-se de algumas premissas: a) o enunciado contido na lei, é um conjunto de signos que formam a linguagem a qual se direciona aos respectivos intérpretes; b) essa linguagem compreendida e transformada em enunciado, não é por óbvio, o mesmo do que o produto da atividade jurisdicional, haja vista a lei ser mandamento geral e abstrato – podendo ter incidência a um grupo específico – sob pena de ser inconstitucional; c) muito embora o enunciado seja aberto a interpretações pela sociedade, cabe ao Judiciário estabelecer o limite e extensão deste, utilizando-se da argumentação como vetor de uniformidade e garantia de aplicação isonômica.

Algumas consequências passam a ser evidentes, dentre elas: papel criativo do judiciário; os limites da interpretação; a unificação de entendimento desvinculada da *mens legis* e a vinculação dos órgãos do próprio Judiciário a tal resultado interpretativo.

Viu-se que a atividade jurisdicional não se exauria com a mera declaração, ou “juiz boca-da-lei”⁸; e sim com a devida resolução do

⁷LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 439.

⁸Curioso é que existem estudos com fim de demonstrar que a conotação negativa aplicada à expressão, nada mais foi do que um erro na citação da obra de Montesquieu, por um político francês chamado Jacques-Joseph Garat-Mailla. Isso porque, segundo Schönfeld, a passagem na qual se retirou a expressão que se propagou, não repudia a atividade do juiz na atividade Judiciária, ao revés, exalta o papel do poder Judiciário face a “verdade” dos fatos ocorridos. Tratativa contida em: ZANETTI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 78, nota de rodapé n. 128.

problema em discussão. A metodologia da subsunção restava por prejudicada e, a mera previsão contida à Lei, passou a não significar a sua imediata individuação; a isso se deu o nome de *norma*.

Grosso modo, como sendo a atividade interpretativa exercida pelo Juízo ao enunciado normativo a partir do vetor inaugural – ponto de partida da interpretação – contido no mandamento abstrato, deve o mesmo intérprete ter a legitimidade e poder de estender-se até às particularidades do caso em concreto, integrando um dispositivo à conjuntura do ordenamento jurídico e principalmente adotando as repercussões jurídicas do caso posto como um todo, e não de parte dele.

Assim, vindo a declarar/resguardar/constituir engendrando uma situação jurídica que regulará o caso que, num primeiro momento será dotado de eficácia vinculante *inter partes*, e quanto à *ratio decidendi*, devendo-se diante da originalidade do caso, estender o resultado interpretativo de maneira vinculante aos demais.

O principal problema está no preconceito de num sistema de *civil law* ser dito quase como um mantra que a “lei” e tão somente esta foi e é fonte primária do direito. Somente com a ideia do avanço e da integração das fontes do direito é que é possível entender a complexidade da ramificação.

1.2- A FONTE DO DIREITO BRASILEIRO: TROCAMOS DE NASCENTE OU SEMPRE BEBEMOS DA MESMA ÁGUA?

Antes de avançar no tema, importante realizar breve digressão quanto às fontes do Direito Brasileiro, que aliás, são muito ricas e peculiares. Para isso, uma breve incursão histórica deve ser abordada.

Isso porque, têm-se o açodado raciocínio em vincular-se teorias á certos institutos sem certos cuidados acadêmicos ou teóricos, como: estabelecer que o *stare decicis* sempre foi inerente ao *common law* e não está presente no *civil law*, ou se chagamos a ter

stare decisis. Se em seus nascedouros as fontes tinham notórias diferenças, hoje não mais se consegue sustentar com propriedade esse fundamento.

Zaneti traz importante pesquisa sobre a dicotomia acerca das fontes do Direito ainda em tempos romanos, dizendo:

No direito romano, enfraqueceu-se a ideia grega de vinculação entre direito e política, formando-se uma clara diferença de tratamento de direito civil e processo civil e dos de direito público. Os romanos foram antes de tudo juristas do direito privado, não porque houvesse uma divisão entre o direito público e o direito privado, [...] mas porque separavam a política do direito e acreditavam ser as matérias de direito público (direito penal e administração pública) mais influenciáveis pelas forças políticas, não estando sujeitas a critérios “exclusivamente jurídicos”⁹.

Percebe-se claramente a preocupação dos romanos – de quem herdamos grande parte de nossa estrutura jurídica – quanto ao detentor da elaboração das leis para com os intérpretes. Fica clara a preocupação de decisões conflitantes de acordo com a maleabilidade dos institutos para moldarem estes ou aqueles interesses próprios.

Ansiava-se já pela noção embrionária de estabilidade de certos entendimentos e segurança jurídica. Claramente preocupados com a possibilidade de reviravoltas legiferantes, confiava-se muito mais no trabalho dos glosadores e dos editos pretorianos. Havia notória preocupação com a pureza do resultado dos julgamentos.

Arremata Zaneti:

⁹ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 87.

O direito romano do período clássico é principalmente o direito dos juristas e é direito privado, sendo, para Max Kaser, direito civil e processual civil. Trata-se do período em que reconhecidamente “fontes de direito especificamente romanas dominaram (...) os éditos dos magistrados e a jurisprudencia, fixada pelos escritos dos jurisconsultis”¹⁰.

Com a derrocada do império romano, no período pós clássico, ocorre significativa aproximação entre o direito tido como privado com o público. Associado a esse acontecimento, leis tribais germânicas foram paulatinamente fundidas a institutos romanos *sui generis*, formando o que se denominou como “direito vulgar”. É nesse cenário que surge o *Corpus Iuris Civilis*. Nada mais foi do que a tentativa de se concentrar o domínio das repercussões jurídicas e por conseqüência os desdobramentos fáticos da população romana. Codificar para Justiniano era a saída, sendo taxado inclusive de reacionário¹¹.

Mais um passo havia que ser dado para se vincular os intérpretes a não mais interpretar, e sim a que reproduzissem. Justamente era a postura em proibir a interpretação. Justiniano então, veio a proibir toda e qualquer referência ao trabalho anterior dos jurisconsultos romanos, bem como seus respectivos comentários; queria que sua obra tivesse unívoco sentido, vindo a ser reproduzido em sua integralidade e em seus estritos sentidos¹².

Contudo, é de se notar que o resultado gerado foi justamente o oposto, sem contar com as modificações sociais – surgimento dos feudos – que atingiram a tão grande Roma. O que era para ser unívoco veio a dar azo ao direito comum. Isso porque, as obras dos glosadores e comentaristas acabariam por se tornar o germinar do *ius commune*, ganha contornos e relevos o papel da doutrina jurídi-

¹⁰ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. op. cit., p. 87.

¹¹Ibidem, p. 89.

¹²Ibidem, p. 90.

ca. Curioso, é que esse papel racionalizador e centralizador pregado pela necessidade de unidade jurídica vem novamente em momento similar ao de Roma, consistindo na tentativa de reversão da fragmentação feudal¹³.

A doutrina acabou por observar que:

[...] a jurisprudência tinha caráter unificante e serviu durante o direito comum para auxiliar o processo de unificação do Estado, sendo inclusive naquele período, entre os séc. XVI e XVIII, identificáveis em diversos locais o surgimento de precedentes com caráter vinculante como forma de garantir essa unidade. Portanto, é incorreta a afirmação de que precedentes são naturais apenas dos sistemas de *common law*, existiu um período em que também os países e as cidades estado de *civil law* adotavam precedentes vinculantes como forma de garantia e supremacia do direito¹⁴.

Essa ideia de unificação progrediu pela Europa como um todo, gerando o surgimento de um “Estado nacional”, vindo a retirar legitimidade e caráter vinculante dos glosadores e das interpretações dos tribunais. Começou-se assim, movimento tendencialmente positivado, mais rígido quanto à sua interpretação, visando garantir a centralização de sentidos com um conseqüente maior controle da unidade do território¹⁵.

Por questões próprias, Portugal¹⁶ manteve seu método de estruturação jurídica pautado num maior destaque aos juristas. Segundo doutrina abalizada, pelo fato dos outros países que estavam buscando rigidez interpretativa se diferirem de Portugal, pela razão deste

¹³ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. op. cit., p. 91.

¹⁴Ibidem, loc. cit.

¹⁵ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. op. cit., p. 92.

¹⁶Por questões sabidas – foi nosso colonizador –, veio o Brasil a herdar e desenvolver seu sistema jurídico sob a influência das escolhas portuguesa.

já possuir forte centralização, consistindo na identidade com o monarca. Não havia assim, “descentralização” propriamente dita¹⁷.

Num salto histórico, percebe-se que essa escolha de Portugal é ponto relevante para todo o desdobramento histórico subsequente em nosso direito. A força da interpretação jurídica era tanta, que dotou-se esta de caráter de direito subsidiário ao escrito. Enquanto no restante da Europa, as premissas que culminavam eram justamente as opostas. Era a chamada “era dos códigos” e do jargão “*in claris cessat interpretatio*”.

Essa digressão se fez necessária para alcançar outra importantíssima premissa: nas metodologias racionalistas em que se pode verificar a lei como única e exclusiva fonte primária do Direito, não são consentâneas à história do direito como um todo e em especial do direito processual. Resultado lógico, é que a jurisprudência já ostentou outro status no período romano clássico e, sendo esta nossa maior ligação no que toca “fontes” do direito, estende-se a nós essa realidade.

É um constante ciclo hermenêutico que culmina em uma “mensagem” ao legislador para ocasionar a própria mudança dos dispositivos. “A aplicação prática do direito no Brasil sempre foi flexível à realidade do caso concreto e influenciável pela doutrina”¹⁸.

Torna-se equivocado portanto dizer que sempre tivemos a lei como fonte primária exclusiva; que a jurisprudência só se coadunou como fonte primária no sistema da *common law*.

1.3- OS MODELOS DE INTEGRAÇÃO INTERPRETATIVA ÀS FONTES: A JURISPRUDÊNCIA, O LEGALISMO PALEOJUSPOSITIVISTA E O CONSTITUCIONALISMO

Tomando como norte a exposição da importância interpretativa, resta saber até que ponto a interpretação pode reproduzir, isto é, qual a extensão da legitimidade interpretativa para ao se aplicar sob

¹⁷ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. op. cit., p. 93.

¹⁸ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. op. cit., p. 97.

um enunciado normativo, em verdade criar nova situação abstrata e não reproduzi-la.

Para tal intento, já foi exposta a raiz dos modelos de fonte do Direito – *common law e civil Law* –, sendo necessário observar e analisar o conteúdo dos modelos. Analisar as espécies de fontes contidas nesses modelos, sob um prisma geral.

Apesar de ter havido forte aproximação paradigmática entre o modelo de códigos para com o modelo jurisprudencial, resta saber as razões de como os precedentes são influenciáveis e necessários em um sistema híbrido como o nosso.

Isso porque, o sistema lógico-jurídico brasileiro acaba por até os presentes dias estar “carregado” com esse viés corretivo do direito pautado na jurisprudência face o comando legal geral e abstrato. Desde logo, percebeu-se que o legislador não raras vezes, não detinha o primor ou até mesmo o conhecimento técnico necessário para desenvolver o fim a que se propunha com as mais diversas redações das leis.

Associado a esse aspecto, a importância da doutrina também passou a ser fortificada, contudo, pelo fato da *força da decisão* exercida no meio social, a jurisprudência ganha contornos próprios.

Essa necessidade de correção negativa ou integrativa¹⁹ vem sendo constantemente posta sob discussão, mais das vezes, por em curto espaço de tempo – temporalidade – haver fortes mudanças no pensamento ou significação no meio social – historicidade – e²⁰, sendo o Direito linguagem, os reflexos são óbvios. O que acontece – fato social – e necessita de tutela, precisa ser tutelado.

¹⁹Aqui no sentido que de quanto o Judiciário afasta certo sentido, gerando redução no plano de cognição em abstrato, ocorre a correção negativa, ou seja, retira-se do campo de incidência do preceito interpretado, determinado efeito que a ele poderia ser atribuído. No que pertine a correção integrativa, trata-se de verdadeira técnica de integração de historicidade ao mandamento legal, onde se pode agregar a fatos sociais não expressamente indicados, os mesmos efeitos do que foi dito expressamente. A título de exemplo, a palavra “casa”, para fins de inviolabilidade ao domicílio incorpora outros patamares semânticos, como: cabines de caminhões – na atividade de caminhoneiro – e trailers homes.

²⁰JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 26-30.

Essa é a razão dos intérpretes poderem interpretar.

Pois bem. Como iniciado, somos fortemente influenciados pelo ideal de reconhecimento intrínseco da noção de justiça contida no Direito, que aliás, não viria por partir de uma fonte só. Esse pensamento acaba por gerar a congruência de todas as fontes. A saber: jurisprudência, doutrina e as leis.

Essa dogmatização de moralidade intrínseca, do justo ou injusto, certo ou errado, tornou-se contida à decisão. A essa visão, a doutrina adotou a denominação de caráter *monostático*²¹. Não se está a falar em exclusividade das fontes e sim de grande prevalência uma a outra, até porque, até hoje vimemos nessa alternância, vindo-se a adotar a diferenciação de fontes primárias frente secundárias e as formais das materiais.

Já em sede de um maior apego à exegese legalista/primevo legalista – *paleojuspositivismo* –, ganha força o movimento chamado de *modelo legislativo*. Mudou-se em 180º a premissa basilar do sistema jurídico.

Para esse modelo, a noção de justiça e moral já estaria contida na própria redação do enunciado legal, vez que teria sido o que o próprio povo escolheu – mediante representação ou por um governante – o que ali foi escrito. Tentou-se assim, retirar a verdadeira *discricionariedade* dos julgadores, impondo-lhes limites interpretativos e função na aplicação da lei.

Ocorre que esse método peca pela sua virtualidade, onde facilmente se se seguisse o proposto pela racionalidade desse sistema, poderia-se substituir os julgadores – especialistas em Direito, entendedores da doutrina e sensíveis aos fatos que lhes cercam – por qualquer um, e nos dias de hoje por computadores.

Com clareza, expõe Zaneti essa problemática, fazendo-se necessária a reprodução integral do trecho em que a ideia é tratada. E diz:

As normas não são leis porque deduzidas de uma intrín-

²¹ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. op. cit., p. 100.

seca racionalidade de justiça, mas porque produzidas artificialmente pelo poder soberano, justamente essa característica identifica-lhes um caráter nomodinâmico. As normas mudam e são reconhecidas como válidas, não em razão de seu conteúdo, mas de sua forma de produção e da autoridade que derivam. As normas existem porque produzidas, não porque verdadeiras.²²

Claramente não escapou ao olhar crítico do autor o problema em se artificializar algo que não foi feito para atender o artificial. A teorização serve como meio e não fim ao Direito, esse é e foi o principal problema desse método.

Estabelecer como exclusivo meio de aplicação do Direito a submissão e ater-se tão fielmente à *interpretação gramatical*, ou seja, ter aos olhos tão somente ao escrito, acaba por nos levar a concentrar importância tão somente do meio artificial – lei –, esquecendo-se do fim – pacificação social etc – a que este serve.

É um verdadeiro aval às posições totalitárias ou absolutistas, que não mais poderiam ser contrabalanceadas pelo Judiciário, aliás, sequer poderia imaginar contestação ao escrito sob essa sistemática.

A saber, nesse raciocínio, as leis totalitárias do regime fascista ou nazista detinham plena legitimidade e por conseguinte, não impugnáveis suas repercussões no meio social. Se o escrito era o correto e o regime detinha o poder de estabelecer o que estava escrito e, a isto não era possível opor diferente interpretação, nada havia a se fazer. A pretexto de se garantir, retirava-se o pouco que se tinha de proteção e segurança. O Estado passou a ser um fim em si mesmo.

Ora, como proceder? Surge o terceiro modelo, aquele que viria a limitar tanto no aspecto formal – quais as fontes do direito – quanto no aspecto material – conteúdo da fonte – do vetor de aplicação normativa. É chamado modelo constitucional – um dos alicerces do garantismo –, repita-se, de claro viés limitador do conteúdo do

²²ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. op. cit., p. 100.

produzido seja pelo legislador, seja pelo intérprete.

Surge então uma nova retomada da noção de constitucionalismo e de sua força *normativa*²³, com a clássica distinção de Ferdinand Lassale proferida em Berlim, sustentando a tese intitulada de *Über das Versassungswesen*, ou seja, acerca da essência da Constituição. Dizia-se haver uma *constituição real e outra virtual*; a constituição para a sua legitimação e eficácia necessitavam de compasso com as realidades sociais envoltas no conteúdo legislado pelo constituinte seja originário, reformador ou derivado.²⁴

Tal visão evolui a estágio onde se reconhece reciprocidade entre o condicionamento do político, ao social e jurídico. Assim, grosso modo, passa-se a admitir a legitimidade da eficácia normativa das Constituições²⁵.

Tem-se a retomada de um constitucionalismo forte, denso e enérgico. Esse controle de conteúdo estabelece necessária congruência ao pacto constitucional instrumentalizado em sede constitucional, independentemente de se ter uma constituição escrita ou não, rígida²⁶ ou flexível etc.

Ora, se ao conteúdo existe clara limitação, não seria diferente quanto ao teor interpretativo aplicado. Daí conferir-se a possibilidade por exemplo, de controle de constitucionalidade de enunciado normativo sem redução do texto, ou seja, bastando-se somente expurgar determinada interpretação ou sentido que a baixa densidade do objeto de interpretação poderia causar.

A título de exemplo da seriedade no alcance da interpretação, faz-se necessário citar curiosa passagem do Supremo Tribunal Fe-

²³MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39-56 e p. 103-104.

²⁴HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9.

²⁵*Ibidem*. p. 13-14.

²⁶Apesar dessa característica de freios se coadunar mais das vezes com constituições rígidas. Ante os bens jurídicos estarem em sede constitucional, diferem-se da tratativa do legislador ordinário e isso deve ter alguma razão. Daí se falar em matéria materialmente constitucionais e formalmente constitucionais, o que fazem mais sentido metodológico e sistemático em constituições imutáveis, rígidas e semirrígidas.

deral, por coincidência, ainda sob o prisma de uma Constituição não democrática.

Trata-se de passagem do voto²⁷ do ministro Aliomar Baleeiro, proferido, em 23 de agosto de 1967, quando relator, no Recurso Extraordinário nº 62.731, originário do antigo Estado da Guanabara. Onde era discutida a constitucionalidade da disciplina da “purgação da mora em contratos de locação comercial” por meio de decreto-lei, no caso em questão, o de nº 322, de 7 de abril de 1967.

O Presidente da República havia formalizado o ato com base no artigo 58, inciso I, da Carta de 1967, que conferia tal possibilidade legislativa de forma individual, todavia, havia a reserva de pertinência temática contida numa cláusula geral que, em seu corpo tratava dessa forma apenas quando o decreto lei fosse disciplinar assuntos de segurança nacional. Esse era o fim do instrumento.

Ante a dificuldade intrínseca das cláusulas gerais, justamente por baixa densidade, inalcançável era chegar à exaustão das hipóteses. Assim, definir todos os casos que poderiam ser alcançados pelo conceito de segurança nacional, levaria ao filtro do meio e na historicidade em que se estava a controvérsia.

Assim, o então ministro relator entendia que a matéria juro de mora em locação não era matéria de segurança nacional. Clara atividade interpretativa.

Foi então que outro eminente ministro, Hermes Lima, sustentou a legalidade do ato. Aduzindo que a matéria não possuía conteúdo definido e não competia ao Supremo dizer ao certo o que ou não era de tal pertinência.

A discussão foi se alongando, ao ponto de Aliomar Baleeiro dizer: “por exclusão, podemos dizer o que é ‘segurança nacional’ [...]: bola de futebol não é segurança nacional, batom de moça não é segurança nacional, cigarro de maconha não é segurança nacional”.

Locação também não seria segurança nacional. Assentou-se assim um vetor de certeza negativa do conceito para concluir pela

²⁷Recurso Extraordinário nº 62.731; Voto citado no voto do Ministro relator Marco Aurélio, no julgamento da MC em ADPF 347.

inconstitucionalidade do uso do decreto-lei a versar locação, no que foi acompanhado pela maioria.

O raciocínio lógico do ministro Aliomar Baleeiro nada mais foi do que o uso do método constitucional de fonte-filtro do conteúdo tanto da interpretação quanto do conteúdo dos enunciados normativos.

Claramente adicionou-se mais um filtro e mais um problema. A interpretação passa a ser mais que necessária para se avaliar o teor de compatibilidade do infraconstitucional com o constitucional; do fato estar contido no mandamento legal ou não.

O intérprete claramente passa a atuar como corresponsável para a criação da norma. É a saída da exegese. Com essa virada interpretativa, diversos sistemas híbridos surgiram, inclusive o nosso.

1.4- INTERPRETAÇÃO OU CRIAÇÃO?

Com esse novo momento surgem outros problemas. Se a lei não se exaure em si mesmo devendo ser interpretada, vale o que está na lei ou o que o intérprete lhe atribui sentido?

É quase um sofisma. Deve-se ter enorme cuidado na racionalização dessa problemática, o que aliás, é a força motriz dos problemas da vinculação dos precedentes e de sua *arrumação metodológica em nosso sistema primariamente de civil law*.

O juiz interpreta ou cria?

Fredie Didier Jr. atribui ao conceito de jurisdição o elemento-verbo criar, como sendo próprio dessa atividade. Diz o autor que: “[...] se cria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto.”²⁸

Mais adiante, conclui que: “Ao decidir, o Tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo).”²⁹

²⁸DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. op. cit. p. 104.

²⁹Ibidem. loc. cit.

Justamente essa é a discussão aqui travada. Será que um caso tem duas alternativas ou só se tem uma e essa conclusão irá partir da atividade interpretativa?

O que se busca na atividade interpretativa é conglobação de vetores interpretativos incidido na fonte do direito. Entender diferente gera o grave problema de uma não fonte se tornar uma fonte.

Se se seguir a conclusão do autor, essa nova decisão poderia ser futuramente ser reinterpretada e reproduzida gerando outro vetor abstrato de interpretação. Por isso que texto e norma são diversos. Apesar de o autor ressaltar essa distinção em sua obra, acaba por adotar rumo diverso.

O que se quer dizer, é que não existiriam duas alternativas de decisão e sim uma e esta para ser alcançada adota como meio, a atividade interpretativa. Daí se falar tanto no *fair trial* e no contraditório. As partes atuando não só como postulantes dos fatos e sim das interpretações e repercussões jurídicas dos fatos.

As partes que constroem a norma, o juiz a define. Não se está a criar, propriamente falando, até porque, toda sentença tem viés declaratório que pode ser a qualidade predominante ou não e, só se declara o que já existe.

Por estas considerações, não estaria havendo uma atividade criativa em abstrato e sim uma regulação em concreto. O que se cria é um ato jurídico próprio a regular a discussão, este sendo a sentença de mérito.

Caso o juízo pura e simplesmente criasse situações com repercussão jurídica em abstrato, estaríamos a defender que sempre tivemos ambiguidade de fontes primárias de Direito: leis e a individuais decisões jurídicas. Não parece ser o caminho adequado a se adotar.

Isso porque, não se deve confundir a norma, que é o resultado da interpretação e que regulará o caso em concreto, com o meio de se atingir a norma, ou seja, suas razões, comumente chamadas de razão de decidir ou *ratio decidendi*.

Essas sim são de transcendência possível. As razões de decidir

que constituem ponto fulcral do método de racionalização da interpretação pela via dos precedentes.

Assim, não existiriam duas “saídas” para um caso, e sim uma única “saída”, onde a técnica argumentativa propiciada pelo contraditório exercido num fim interpretativo levou a identificar os fatores predominantes da discussão e distinguir da outra pretensa hipótese de solução.

Não viria a ser atividade criativa, mas sim elucidativa sobre a decisão do caso em concreto.

Exemplo curioso, foi o do fisco federal, que apresentou como razão da lavratura de auto de infração, obrigando a uma pessoa jurídica que houvera realizado uma compra e venda no exterior, a recolher os tributos em espécie devidos. Nada diferente ou estranho, se não fosse o objeto do negócio jurídico: uma coleção de livros antigos.

Assim, tendo chegado a matéria em grau recursal, 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região criticou duramente a decisão do fisco em determinar o recolhimento dos tributos, adotando como motivação do ato administrativo, a justificativa de que os livros em discussão, por possuírem mais de 100 anos, já não mais estariam acobertados pela proteção constitucional da imunidade. Não se trata de isenção ou alíquota zero, trata-se de imunidade que está prevista constitucionalmente.

A Constituição é silente quanto ao tempo que isso perdura, até porque, a natureza do objeto em discussão – livros –, acaba por conduzir a um raciocínio óbvio e perdão pela reprodução, mas se faz necessária para expor a responsabilidade na postulação: se os livros são imunes à tributação, o que for livro está imune. Ora, se com o transcurso do tempo o que era livro continua livro, não há razão para a incidência e cobrança pelo fisco. Tudo a pretexto de “interpretação”.

Glosando – o relator – ao voto, repreensão velada, haja vista mencionar que nem “à condição de divindade para o fim de alterar

a substância das coisas do mundo físico”, determinou-se no acórdão do caso em questão, a restituição do “I.I.” (imposto de importação) indevidamente recolhido e à compensação do PIS/Cofins-importação.

Noutro trecho do voto, mais precisamente à página 07 do acórdão, o relator do processo, desembargador federal Di Salvo, afirma:

Cada um dos 12 volumes da coleção é um livro, e nem mesmo a pretendida onipotência do Fisco federal brasileiro consegue mudar isso por meio de um ato normativo. Antigo e usado, sim, mas sempre um livro. E como a Constituição não excepciona da imunidade o livro antigo, não tem o menor vestígio de cabimento que o apetite fiscal brasileiro possa tributar um livro só porque o mesmo tem idade superior a cem anos. O absurdo do entendimento fiscal é manifesto, não apenas porque é um acinte à Constituição, mas porque ousa mudar a natureza física dos objetos considerando uma idade aleatória: cem anos é o tempo de um livro “antigo — noventa e nove anos não é.”³⁰

A partir do caso, pode ser concluído que: 1) às partes incumbe participação considerável na técnica de argumentação para controle interpretativo; 2) julgar não é criar. Deve ser respeitado pelo julgador, critérios basilares, postulados do meio em que se vive, construídos pela história. Livro é livro, independente do tempo em que tenha sido criado. Sua ontologia permanece intacta. É bem durável que o tempo não o faz perder sua qualidade. O exercício jurisdicional cria a norma, que contém em si um apanhado de sentidos

³⁰APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014872-24.2006.4.03.6100/SP (2006.61.00.014872-9/SP), TRF-3. Processo sem incidência da restrição à publicidade, contida no artigo 155 do CPC/73. Acórdão publicado em: 21/09/2015 no D.O. da União Acesso aos andamentos dos autos eletrônicos do processo, disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=0014-8722420064036100>>. Acessado em 29 de novembro de 2015, às 13:52h. Acórdão citado disponível em:

num pronunciamento que regulará o caso dali em diante. O que é criada é a norma, e não a interpretação. Foi exposto por uma das partes – nesse caso a ré –, tese que em seu conteúdo, a pretexto de se interpretar e querer alcançar fins contidos nos enunciados, estar-se-ia a criar meios para que verdadeiro utilitarismo jurídico se perpetuasse.

O desembargador tinha outra “escolha”, “caminho”, senão o adotado? Pela coerência do aqui exposto, entende-se que não. O que existe é uma única situação, que gera efeitos específicos que devem ser alcançados pelo intérprete-julgador do caso. Ao menos é isso que se pode esperar de um país onde exista um ordenamento e um sistema jurídico.

1.5 - A RATIO DECIDENDI

Para um devido futuro tratamento sobre vinculação interpretativa, resta saber o que propriamente ficará vinculado. Como já antecipado, o que via de regra irá se transcender serão as razões de decidir.

Os efeitos endoprocessuais nesses casos terão claros reflexos extraprocessuais³¹. Mas o que viria a ser a *ratio decidendi*?

Buscou-se em doutrina, as principais características comuns. Embora tratada por autores diversos, a concretude do conceito é hígida em todos.

Para Fredie Didier Jr., as razões de decidir seriam: “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi.”³²

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=200661000148729>> Acessado em: 29 de novembro de 2015, às 13:53h.

³¹LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181.

³²DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015. v.2. p. 39.

José Rogério Cruz e Tucci aduz que: “A *ratio decidendi* [...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”³³.

Hermes Janeti Jr. pontua que precedentes seriam o: “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas.”³⁴ Vindo a concluir por razão de decidir, justamente a reprodução da “solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* e a solução jurídica dada para o caso) com o caso atual.”³⁵

Para Ravi Peixoto, razão de decidir acabaria, num todo, por ser o “resultado da interpretação da(s) solução (es) adotada (s) pelas decisões de casos análogos anteriores como um passo suficiente para alcançar a sua conclusão para o ponto ou questão em análise.”³⁶

Muitas são as definições que a doutrina costuma apontar como razão de decidir, contudo, algumas premissas são tidas em comum: a) a *ratio decidendi* não se confunde com a argumentação do julgamento, mas nele está contida; b) para a aplicação transcendente de uma razão de decidir, resta uma análise simultânea de igualdade fática e jurídica. Ou seja, os fatos e suas repercussões jurídicas por menores que sejam, devem ser considerados no corpo de formação da razão de ser do precedente, aliás, precedente só será esse *holding*; c) necessidade de uma interpretação de distinção entre o precedente e o caso posto em julgamento. Mesmo que não requerido ou suscitado pelas partes, o Juízo no dever de fundamentação que é incumbido, deve expor suas razões de decisão e, se foram diversas do que um outro precedente estabelece, deve explicar essa distinção.

Resta saber o são os precedentes e sua distinção da jurisprudência. Mais que isso, sendo fruto de interpretação, porque poderiam

³³TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.

³⁴ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. op. cit., p. 325.

³⁵*Ibidem*, p. 326.

³⁶PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 175.

ser vinculantes?

É nossa próxima tratativa.

CAPÍTULO 2 - PRECEDENTES: O QUE SÃO, PARA QUE SER- VEM E PORQUE PODEM VINCULAR EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO

2.2- A NORMA COMO UM CORTE INTERPRETATIVO À ANÁLISE PARA A PRODUÇÃO DE UMA NORMA?

Estavam os rabinos reunidos para discutir o Talmud, o livro sagrado. Três rabinos sustentavam determinada tese sobre o significado de um dispositivo (ou versículo). O rabino mais velho, Eliezer, sustentava tese contrária. Dias e dias de discussão (quase um mês). Ao que o velho Eliezer disse: “se a minha tese estiver correta, aquela árvore vai se mexer”; e a árvore se mexeu. Os três, com seus ternos Hugo Boss, entreolharam-se e, sem mostrarem surpresa, disseram: - “ótimo, oh grande Eliezer, mas nós achamos que a nossa interpretação é a melhor”. O velho tentou uma vez mais: - “se a minha interpretação estiver correta, aquele rio mudará de curso”; e o rio mudou de curso. Pois os três nem se “tocaram”. Então Eliezer apelou: - “se a minha interpretação estiver correta, Deus vai se manifestar; afinal, é a Sua Palavra que está em jogo”. E Deus, chateado já com aquela “ronha”, anunciou, de forma tonitruante: - “o rabino Eliezer está certo”! Os três jovens rabinos se entreolharam e, simplesmente disseram: “ótimo, antes estava 3 a 1; agora, está 3 a 2...”. Vencemos!³⁷

³⁷STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 9.

Com a forte atividade interpretativa envolvida sobre as cláusulas gerais e a farta diversificação dos eventos da vida que são postos em contraste àquela, várias hipóteses de tratamento em decisões podem existir. A anedota mencionada logo ao início demonstra justamente a fragilidade de um sistema de fixação interpretativa com base numa atividade de maioria.

Não só maioria, mas como fixação prévia de resultados a algo que não tem seu conteúdo limitado em sua espécie e corpo, como as cláusulas gerais, princípios etc.

A dúvida surge quando esses eventos da vida são as ditas “matérias repetitivas”, ou seja, por mais que seus titulares da relação material sejam diversos, a similitude fática existe ante possíveis e esperadas reproduções dos enunciados normativos na regulação social.

A saber, a compra e venda para “A”, tem o mesmo tratamento para “B”, se ambos os casos não tiverem particularidades; o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança para “A” é o mesmo que o de “B”.

O que se quer passar, é a possibilidade de haver repetições de fatos jurídicos que demandem o mesmo tratamento no campo judicial.

O que se acabou por assistir foi em verdade, um desastre. Se o Constituinte previu o papel nomodinâmico e nomostático dos enunciados normativos e abriu campo à interpretação, este o fez pensando numa aplicação lógica e estruturante do ordenamento.

Mais que isso, confiou ao seu próprio criador – povo – a mais importante tarefa: respeitar o ordenamento jurídico e zelar pela sua integridade e coerência. Se em sua aplicação o magistrado é dotado de posição diferenciada, a postulação é ato típico das partes; a elaboração das leis, mediante a nossa democracia representativa também deve observar os limites materiais e procedimentais das deliberações.

Apesar disso, não foi o que se viu. O que acabou por acontecer, foi um desvio de perspectiva da atividade interpretativa, que des-

cambou de lógica para “solipsista” ou de entendimento próprio do juiz.

Os juízes passaram a não mais adotar critérios lógico-científicos para aplicar os enunciados normativos e gerar a norma. Ao revés, passaram a fazer juízos internos de valor, do que seria correto, justo, belo e aceitável ao invés de proferir julgamentos com razões bem estruturadas. O método da argumentação jurídica restou encoberta por fundamentos metajurídicos do bem, bom, mal e justo.

O problema é mais sério do que aparenta num primeiro momento. O que se está a falar, é que a pretexto do interpretar, os juízes mais das vezes acabam por criar enunciados estanques à literalidade e ao núcleo de proteção do descrito pela Lei.

Pensando no ordenamento como um todo e no nosso sistema legal formado em sede constitucional, determinando as competências legislativas, percebe-se algo: o Judiciário não cria enunciados gerais e abstratos. Cria normas.

Portanto, falar em interpretação quando o que se faz é criar novo sentido ao ali descrito pela fonte interpretativa, é uma burla e usurpação institucional.

O que se buscou e busca com a coerência das decisões judiciais, é a coerência e segurança jurídica estruturada num Estado Constitucional de delinea funções político-institucionais.

Assim, nesse sentido e argumentação é que se busca e buscou fortalecer a ideia de “jurisprudência coerente, íntegra e estável”³⁸.

Resta a indagar: será a força vinculante dada a determinadas espécies do gênero decisão, capaz de gerar esse corte interpretativo de forma adequada? Basta a repetição de causas como fator a demonstrar a necessidade de fixação de determinada produção de efeito jurídico? O que temos é uma nova fonte primária do direito, ou temos uma fonte secundária com efeitos vinculantes?

Daniel Francisco Mitidiero, aborda como ponto de partida do resultado vinculante, o modelo de Cortes a proferir a decisão. E

³⁸Basicamente são os comandos insculpidos no artigo 926 da Lei Federal 13.105/2015 (NCPC).

aduz:

O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de precedentes. Trata-se, de resto, de uma distinção normalmente traçada pela doutrina, que reconhece basicamente duas funções às cortes: (i) resolver controvérsias (“resolutions of disputes”) e (ii) enriquecer o estoque de normas jurídicas (“enrichment of the supply of legal rules”)³⁹.

Dois apontamentos: 1) decisão justa, corresponderia à aplicação dos dispositivos legais, interpretação constitucional, uso das técnicas processuais pertinentes e cabíveis, e não justa sob aspecto “moral”, do bom, ruim, triste etc; 2) normas jurídicas ali indicadas, seguem a velha utilização da diferenciação de texto e norma.

Assim, pode-se chegar ao entendimento que independente da origem de sua prolação, seja Corte Superior, Suprema ou Juízo inaugural singular, certo é que esses casos serão reportados e tratados em decisões jurídicas.

Daí concluir: se norma é o resultado interpretativo-integrativo, produzido em processo, sob cognição do(s) julgador(es) intérprete(s) e, que tudo isso incide sobre fatos, precisa-se de alguma situação seja posta. Caso contrário, de maneira abstrata e genérica, estariam as Cortes a usurpar competência legislativa⁴⁰. Além disso,

³⁹MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.30.

⁴⁰Talvez daí a preocupação em se colocar como requisito para atribuição de efeitos vinculantes às decisões, a repetição de causas, ou seja, multiplicidade de processos contendo demandas com conteúdo fático-jurídico igual em efeitos e tratativa.

como responder algo sem ser questionado? Pior, como dar resposta se não posso consultar os fatos da causa, que por sua vez é que irão definir a repercussão jurídica, que por corolário levará a assentar a tese a ser replicada?

Assim, em que pese aos que entendem as Cortes Supremas e àquelas que emitem sob aspecto formal decisões vinculantes, desprovidas de cognição plena, o “remexer”, “revirar” fático jurídico é mais que necessário para qualquer decisão judicial, seja de cognição *latu sensu*⁴¹ com afã de produzir a norma jurídica, seja cognição específica de gerar a tese – *ratio decidendi* –, contida à norma. A saber, a Corte necessita de um paradigma, um caso piloto que conduza a seleção e delimitação da tese que será replicada.

A nosso sentir, foi nesse caminho que o legislador raciocinou e estabeleceu verdadeiro sistema de formação de decisões jurídicas vinculantes. A título de exemplo, o artigo 926 e parágrafos seguintes, da Lei Federal 13.105/2015 – doravante chamada de CPC/15 ou NCPC –, contém mandamentos e critérios par elaboração de enunciados sumulares, que não se confundem com a eficácia vinculante da tese neles contida.

Não necessariamente uma súmula conterà enunciado que vincule a interpretação futura de uma tese. Mas a sistemática do NCPC, certamente levará a essa coincidência.

Daí – da não confusão de vinculatividade in concreto – como fonte primária gerando um comando geral e abstrato a ser ponto de partida permitido para construção da norma, é que Mitidiero assevera não ser possível:

Sumariamente, as Cortes superiores estão vinculadas a uma compreensão cognitivista do Direito, a jurisdição é entendida como simples declaração de uma norma pré-existente e o escopo está em controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência unifor-

⁴¹Aqui no sentido de não haver filtro de conteúdo de mérito a ser avaliado. As causas não apontam uma fundamentação vinculada, às partes incumbe o poder jurídico do que decidir por em Juízo a fim de limite à cognição e respectivamente o que seja acobertado pela coisa julgada.

me, sem que as razões expendidas pelos juízes possam ser consideradas como fontes primárias do Direito.⁴²

Assim, em sua espécie, a norma serve como definição interpretativa ao caso em concreto, mas não como comando abstrato, e sim como comando concreto. O que pode parecer em certos momentos, paradoxal e propriamente peculiar, haja vista o modelo de “precedentes” ser baseado em uma transcendência futura incidental. É justamente sobre essa temática que trataremos a seguir.

2.3 SISTEMA JURÍDICO E DECISÕES STANDARDS, QUAL O CONTEÚDO DOS ENUNCIADOS DAS SÚMULAS INTERPRETAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO?

Temos certo costume que não raras vezes nos leva ao ápice e à base de uma pirâmide imaginária, representando a construção de um ordenamento coerente.

Importamos institutos estranhos à nossa realidade e aos problemas peculiares de nossa terra. A considerar, nem mesmo nossas Leis Federais encontram legitimidade eficaz num país de gigantescas proporções igual ao nosso.

Por vezes temos nos apegado a criações estrangeiras que sem o devido preparo técnico, ou com azáfama são inseridas em nosso ordenamento, que por diante de sua estrutura “consideravelmente coesa” e reflexa ao que laboramos nessas décadas, sentem estranheza em vários aspectos materiais e formais. O tema “precedentes” não foge à regra de discussão quanto à sua recepção, seja conceitual, seja estrutural.

Com a chegada do CPC/15, tem-se falado em âmbito doutrinário⁴³, na criação de um “microsistema de precedentes”. Todavia,

⁴²MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. op. cit. p. 32.

⁴³A exemplo disso, algumas fontes doutrinárias que mencionam o surgimento de um microsistema de criação formal [SIC] dos precedentes: Fredie Didier Jr.; Vinícius Lemos; Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron. Respectivamente, disponíveis em:

para saber o que ostentaria o prefixo adjetivador “micro”, teríamos que saber o que é um sistema jurídico e suas nuances. Onde está inserido e qual a sua afetação no campo em que propaga efeitos.

Lenio Luiz Streck, afirma que por sistema jurídico e tradição jurídica pode se entender que:

Os sistemas (tradições) jurídicos são classificados de diversos modos, nosso intuito consiste apenas em examinar as similitudes e as diferenças entre civil law e common law [...] Alguns autores utilizam a expressão sistema jurídico em vez de tradição jurídica. Contudo, Franz Wieacker alerta que o termo sistema é mais restrito a determinado ordenamento jurídico que reúna as seguintes características: a) plena compreensão de todos os elementos de sua classe; b) do ponto de vista externo, está fechado aos elementos que lhe sejam alheios, ou seja, é autárquico; c) do ponto de vista interno, é coerente e consistente. [...] Ao se comparar civil law e common law, Jhon Henry Merryman alerta para a relevante circunstância de que, mais do que a análise de sistemas jurídicos, em verdade, está se realizando uma comparação entre tradições jurídicas. Isso porque a tradição jurídica consistiria em perspectiva mais ampla sobre o fenômeno, uma vez que a tradição legal não implica o conjunto de regras jurídicas acerca dos principais institutos jurídicos de determinado ordenamento jurídico [...] ainda que elas, em regra, sempre sejam um reflexo dessa tradição. A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, his-

<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/1722-leia-algumas-paginas.pdf>. Acesso em: 30/11/2015, às 01:00h; https://www.academia.edu/18876227/A_Desist%C3%A4ncia_no_Microssistema_de_Forma%C3%A7%C3%A3o_de_Precedentes. Acesso em: 30/11/2015, às 01:10h; <http://genjuridico.com.br/2015/07/27/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/>. Acesso em: 30/11/2015, às 01:17h.

toricamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoasse, aplicar-se e ensinar-se o direito.⁴⁴

E conclui:

Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural.⁴⁵

É perceptível assim, que esse conjunto de engrenagens estruturais de nosso ordenamento, nos leva a uma metáfora: muito embora o sangue possa ser doado via transfusão, o donatário precisa ter tipo sanguíneo compatível. Com teorias e técnicas em direito não é diferente.

Para ser considerado sistema, a coerência e completude são pressupostos indispensáveis. O sistema brasileiro, a rigor, é estruturado a partir da tradição jurídica em estabelecer o legislador como definidor e criador da fonte primária e formal. O Constituinte originário formulou na parte orgânica da Constituição, as funções e atribuições de cada instituição política; estabeleceu as competências e um sistema de interdependência das funções.

Assim, a Constituição, decretos, leis são as fontes primárias do direito, que por sua vez, vêm a ser o objeto, ponto de partida e limite interpretativo.

Pode ser observado que o resultado da técnica de interpretação,

⁴⁴STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. op. cit. p. 20/21.

⁴⁵STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. op. cit., p. 21.

já era usado na antiga terra de Vera Cruz, como meio de adequação material das leis de Portugal às nossas necessidades. Portanto, esse costume de interpretação a partir de casos prévios, ou com base em doutrina, já eram tratados como meios supletivos que restam arraigados em nossa tradição.

Todavia, há que se considerar que *precedentes* na acepção do *common law*, não viriam a ser, justamente pela natureza que ostentam e não pela qualidade vinculante atribuída.

Portanto, a característica vinculante dos precedentes constantes no *common law*, não deve ser equiparada aos “precedentes” que serão gerados a partir dos métodos formais de criação do novo CPC. Enquanto a eficácia vinculante dos lá⁴⁶ precedentes é em razão de fonte do direito originária – primária –, aqui tem esse efeito por política legislativa; como método de resolução de questões em massa, condensando uma *ratio decidendi fechada num enunciado dotado de eficácia vinculante a ser observada como corte hermenêutico – interpretativo, portanto – a ser seguido de maneira obrigatória, sem ser contudo, extensível à particulares, o que as leis – fontes primárias do direito brasileiro – possuem desde sua entrada em vigor.*

É um equívoco pensar que os precedentes noutros países de sistema predominantemente do *common law* os precedentes são utilizados para assentar uma tese e no mesmo ato resolver vários casos pretéritos ou futuros. Lá, isso é efeito reflexo quanto ao futuro, que de maneira alguma vem a gerar o efeito de aplicação direta sem interpretação.

Da maneira como a questão está a ser tratada, a discussão quanto a nomenclatura, se precedente ou se jurisprudência vinculante, fica em segundo plano, com a prejudicial a ser resolvida acerca de sua natureza de fonte, se primária ou se secundária.

Mais parece que os métodos formais de criação dos precedentes brasileiros, são para em verdade, dotá-los de eficácia vinculante, justamente por não serem fontes originárias. Pensar diferente, aca-

⁴⁶Aqui no sentido aplicado à *common law*.

baria por permitir precedentes de precedentes e não a superação da eficácia vinculante neles contida.

Foi o que percebeu Mancuso, ao asseverar que:

Aliás, do labor exegético não se foram nem mesmo os enunciados sumulados – simples ou vinculantes – porque, embora radiquem numa jurisprudência assentada, não raro reclamam aferição de sua compreensão-extensão, até porque podem se ressentir de melhor clareza redacional. A par disso, caberá sempre a prévia verificação do enquadramento da fattispecie no enunciado, e, no caso da súmula vinculante do STF, é possível que no caso concreto não se tenha observado algum quesito de validade formal.⁴⁷

É possível concluir portanto, que o que se realiza com a formação de precedentes e dotá-los de vinculatidade, é em verdade não uma criação de fonte formal do direito, mas um método de fixar um corte à interpretação de um determinado enunciado que viria a ser a fonte originária.

Para fugir desse paradoxo de que o enunciado de súmula que fixa o limite interpretativo de um dispositivo de fonte originária possa levar a uma outra interpretação que, por conseguinte possa criar um enunciado sobre o enunciado, cabe indagar: qual a razão do enunciado originário da discussão?

Pode ser percebido que remeterá a discussão acerca do dispositivo originário da interpretação e não propriamente do verbete sumular. Caso fosse fonte originária, essa característica de “interpretação reversa”⁴⁸ não seria possível. Aliás, a própria superação do precedente por uma lei que possa ter possível conteúdo incompatível – ab rogação ou derrogação tácita por incompatibilidade do

⁴⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 28.

⁴⁸Parafrazeando a conhecida técnica de “engenharia reversa”.

conteúdo – seria discutível.

Não está a se criar uma nova fonte, e sim exercer um controle hermenêutico do alcance de uma fonte formal do direito prévia.

O rito procedimental previsto no NCPC é em verdade uma técnica processual de atribuição de uma vinculação pensada – mas não igual – num modelo de respeito à função de centralização interpretativa dos Órgãos Judiciários de cúpula, que primariamente estariam a tentar se aproximar de um modelo de *stare decisis*, que não necessariamente significa ou é sinônimo dos *precedentes* conhecidos do *common law*.

Podemos chamar tal resultado de corte interpretativo – sem retirar a interpretação do Juízo, apenas abalizando o ponto de partida e o de chegada – tendente à produção de uma linha de razões determinantes standards, aptas a serem utilizadas à *ratio decidendi* na produção da norma.

2.4 AS SÚMULAS E SEU PAPEL

Como premissa inaugural, existem certas coisas que devem ser justificadas por si e em si, isto é, a ciência processual brasileira evoluiu a passos largos e o resultado disso é uma vasta e de escol, produção acadêmica.

Temos a todo custo crer que muito embora tenhamos uma pueril democracia e uma não tenhamos sido o berço do estudo da autonomia da ciência processual, tivemos, temos e teremos uma forte escola de processo.

A realidade social brasileira, aliada à problemática do Judiciário como garantidor das garantias insculpidas na Constituição, dá-nos a característica de pioneiros em algumas técnicas.

Assim, além do devido cuidado ao importar institutos, devemos reconhecer institutos próprios nossos. Ao fazer esse sincero reconhecimento, temos: a) a compreensão de sua fonte ontológica e a

mais segura análise de razoabilidade dos efeitos dos institutos; b) a premissa de que é algo novo, e precisa tanto de pesquisa de eficácia in concreto, como de produção doutrinária com bases de pensamento propriamente nossas.

Essas observações são pertinentes, ao passo que o costume de um discurso de autoridade baseado em direito comparado não como forma supletiva, mas como método de compreensão de produtos nossos é cada vez mais recorrente. Uma coisa é estudar aos auspícios de pensamentos estrangeiros, formas e métodos de aplicação, criação de técnicas processuais. Outra completamente diferente, é subordinar a “mutação” ou a própria gênese de institutos brasileiros à forma estrangeira.

Direito comparado exige em sua ontologia lógica, um diálogo entre dois objetos de análise. Algo daqui e algo de fora. Assim. Simples e claro, é crer que temos uma maneira própria de pensar o processo. Não se está a reduzir o estudo e aprofundamento no Direito comparado. Jamais.

Contudo, está a se defender também, o não reduzir de nossa escola doutrinária de processo e nosso processo positivo.

Passado esse introito – mas não estanque a este –, cabe fazer alguns apontamentos sobre as súmulas no Brasil. Nem sempre – muito pelo contrário – as súmulas tiveram o reconhecimento que hoje se tem.

Seu surgimento se dá por volta da década de 70, mais precisamente devido a uma emenda regimental do STF em 30 de agosto de 1963⁴⁹. Muito embora tenha sido a proposta do Supremo que deu azo ao surgimento das súmulas no cenário brasileiro, quem de maneira inaugural propôs essa adoção, foi o IAB – Instituto dos Advogados dos Brasileiros, no projeto de Constituição elaborado pelo mesmo Instituto. Tal sugestão adveio de Haroldo Valadão, onde suas razões determinantes acabaram por ser a técnica portuguesa dos assim chamados “assentos”⁵⁰, que eram os equivalentes primários

⁴⁹ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. op. cit., p. 191.

⁵⁰Para um panorama geral acerca da matéria dos assentos portugueses, ver: <http://www>.

às nossas súmulas, porém com características particulares, como a estaticidade e irrevogabilidade.

Tais características deram ensejo a instauração no Tribunal Constitucional de Portugal, o processo n.º 474/88, cujo relator foi o conselheiro Monteiro Diniz. O objeto de tal processo era a possível – e posteriormente decretada – inconstitucionalidade do artigo 2.º do Código Civil Português na parte em que atribuía aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral. As razões contidas no acórdão 810/93 do Tribunal para tal decretação, vez que pertinentes, merecem ser transcritas, e diziam:

II — O Tribunal Constitucional, sem nunca haver considerado expressamente o tema da validade constitucional do instituto em apreço, e embora com o único fito de avaliar da sua adequação ao conceito de norma, como pressuposto de sujeição a um juízo de constitucionalidade, teve ensejo de definir que «a fixação de doutrina com força obrigatória geral operada através dos assentos traduz a existência de uma norma jurídica com eficácia erga omnes, em termos de, quanto a ela, ser possível o accionamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade». III — Com a revisão constitucional de 1982, operada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, a questão da constitucionalidade dos assentos deixou as controvérsias jurídico-dogmáticas para se colocar no terreno do direito constitucional positivo. Efectivamente, depois de acolher o princípio da tipicidade das leis, individualizando quais os actos legislativos que como tais são previstos na Constituição, o artigo 115.º proibiu a criação, por via legal, de outras categorias de actos legislativos (n.º 5, pri-

evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=270&tmp_secao=10&tmp_topico=direitoconst&wi.redirect=XR7XVJTV94JLVDOLFYK9. Acesso em: 06 de dezembro de 2015, às 15:09.

meira parte), assim como tornou defeso que a lei possa conferir a actos de outra natureza, isto é, a actos não legislativos, o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos. IV — É evidente que a proibição de actos não legislativos de interpretação ou integração das leis não exclui todos os actos interpretativos ou integrativos com eficácia externa. A administração e os tribunais não podem deixar de interpretar e integrar as leis quando as aplicam. O que se pretende proibir é a interpretação (ou integração) autêntica das leis através de actos normativos não legislativos, seja de natureza administrativa (regulamentos), seja de natureza jurisdicional (sentenças). V — Os assentos não são os próprios acórdãos do tribunal pleno, mas estritamente as proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente, desses acórdãos. Originados embora numa decisão jurisprudencial que deles constitui pressuposto jurídico, os assentos normativamente objectivam, para além dessa decisão, uma prescrição que fica a valer geral e abstractamente para o futuro, sendo assim equiparados a fontes de direito. E tanto assim sucede nos casos em que o assento fixa uma das várias interpretações possíveis da lei (assentos interpretativos) como nos casos em que preenche uma lacuna do sistema e cria a norma correspondente, para depois fazer aplicação dela ao caso concreto (assentos integrativos). VI — Deste modo, sendo função dos assentos interpretar ou integrar autenticamente as leis, a norma que lhes atribui força obrigatória geral não pode deixar de incorrer em colisão com o artigo 115.º, n.º 5, da Constituição.[...] VIII — Todos os esforços criativos dirigidos à modificação ou substi-

tuição do instituto em apreço, independentemente das razões jurídicas que os animam e da amplitude e alcance que transportam nas soluções propostas, evidenciam a forte problematidade que os assentos comportam na hora actual, existência de um mecanismo processual tendente ao asseguramento da uniformização da jurisprudência e da unidade do direito. E na verdade «a unidade progressiva da jurisprudência», ao invés da integral erradicação dos assentos, justifica a sua continuidade no ordenamento, devendo, porém, no quadro das exigências constitucionais, encontrar-se o ponto de equilíbrio que legitime a subsistência das irrecusáveis vantagens que nele se contêm.⁵¹

Percebe-se claramente que o Tribunal não desconhecia o carácter de praticidade e conveniência dos assentos, mas ao analisa-los dentro do então mudado direito Constitucional positivo Português, acabou por decretar a inconstitucionalidade inquinada.

Contudo, não seria acertado dizer que dessa proposta do IAB surgiu a técnica de adoção das súmulas. Isso, devido ao fato de ter sido o próprio STF a adotar tal técnica, mais precisamente, pela comissão de jurisprudência do Tribunal brasileiro, à época composta por expoentes do direito brasileiro, como: Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal e Pedro Chaves.

Destaca-se, porém, Victor Nunes Leal, que capitaneou a construção de súmulas. Dizia ele, que dois pontos eram críticos, e que as súmulas serviriam para enfrentá-los. Eram: a) desconhecimento pelo STF de suas decisões, tendo como causa, as reiteradas falhas de divulgação/publicação de seus julgamentos; b) o acúmulo de serviço, onde foi observada a “massificação” de questões jurídicas, devido a certos tipos de interpretações. Cogita-se que à época, os

⁵¹Para a análise na íntegra do julgado, deve-se realizar cadastro junto ao Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/ebook/historico/volume_26.pdf, à página 38. Acesso em: 06 de dezembro de 2015, às 15:39h.

Ministros julgavam cerca de 7.000 processos por ano.⁵²

Sobre esse aspecto, conclui Zaneti Jr., com influência de Thomas da Rosa Bustamante:

Trata-se aqui do fenômeno da recepção frustrada pela cultura local. Queriam os ministros do STF criar um sistema de precedentes, mas criaram um sistema de centralização e unificação do direito a partir dos tribunais superiores, ao estilo do que já havia ocorrido no passado em Portugal como os assentos e na Europa com as diversas formas de jurisprudência vinculante documentadas pela doutrina, jurisprudência com caráter geral e abstrato.⁵³

Fica nítida a adoção das súmulas como um método de trabalho para um desvio de esforços. A ideia era um tanto coerente: criar-se-iam enunciados contendo a posição da Corte sobre uma matéria, permitindo a não divergência de posicionamento nos julgamentos e vindo a superar tais posições interpretativas mediante um fato superveniente.

O que se deseja deixar claro, é que as súmulas desde seu berço, não continham a pretensão de se tornarem fontes do direito primárias, mas sim de serem enunciados sobre as fontes de direito primárias.

Devido ao seu modelo estrutural, súmulas podem conter o resultado da sedimentação de um determinado resultado interpretativo de um tribunal. Podendo não ser um precedente, mas que pode surgir devido a um precedente.

⁵²O Senado publicou artigo referente ao estudo da Influência do Ministro Nunes Leal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 06 de dezembro de 2015, às 18:01h. ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. op. cit., p. 193.

2.5 O STARE DECISIS: QUAL A RAZÃO DE NOSSA TÉCNICA DE VINCULAÇÃO?

Cabe por fim, tecer comentários sobre a última parte que complementa a distinção de nosso sistema: o *stare decisis* e o nosso sistema de atribuição de efeito vinculante.

Deve-se pontuar que, difere o modelo brasileiro na forma de surgimento da vinculação.

Já de início, Lenio Streck tratando da matéria aponta que:

De início, cumpre esclarecer que a doutrina dos precedentes, apesar de anterior, não é sinônima de *stare decisis* [...] Confunde-se, cotidianamente, *stare decisis* com a doutrina dos precedentes. Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos se estruturou naquelas comunidades. [...] A doutrina do *stare decisis*, em sua acepção técnica, surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões. Que distinguia a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum*, que consistia na argumentação utilizada pela corte, dispensáveis à decisão e, desse modo, não eram vinculantes. Nas suas exatas palavras, isto não seria uma doutrina de precedentes do ponto de vista técnico, uma vez que, esta veio muito depois, com a sistemática alusão aos casos anteriores, desenvolvendo-se continuamente a diferenciação entre o que seria a *holding* (a vincular os casos futuros) e o *dictum* (razões utilizadas pela corte que não eram fundamentais para o deslinde do caso, logo não possuía efeito vinculante)⁵³.

⁵³STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. op. cit., p. 40 até 42.

A doutrina dos precedentes do common law veio a se estruturar aproximadamente ao final do século XVII, a partir de um giro filosófico da época, pelo experimentalismo de Robert Boyle, contrapondo Hobbes. Boyle por sua vez, veio a influenciar consideravelmente Matthew Hale; em especial, Hale desenvolveu um pensamento estruturado na legitimidade das declarações do Judiciário face ao legislado. Para Hale, uma tradição jurídica – por conseguinte repetida – que deveria ser observada no julgamento de um caso.⁵⁴

É possível perceber a sutileza que nesse sistema, os precedentes não são criados por um método – criação formal – previsto em lei. Eles são formados por uma tradição que àquele sistema é compatível. “O *common law*, ao contrário do *civil law*, não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral, mas, sim, judicialmente, como prática judiciária”.⁵⁵

O *stare decisis*? Este veio para consolidar o sistema de precedentes. Não veio num momento simultâneo, mas diferido. A medida que o método de criação dos precedentes foi ganhando fidelidade com a história e tradição da comunidade que atendia, surgiu o *stare decisis* como meio de: a) selecionar e proteger a *ratio decidendi*; b) declarar determinado costume, um precedente.

Perceba-se que aos juízes não cabia “criar” o precedente, mas tão somente reconhecê-lo.

Em nossa sistemática, algo bem diferente ocorre. Em primeiro lugar, é a lei ou Constituição que garante a possibilidade de atribuição de vinculação. Desde aí, já não podemos dizer que será o costume que formará o precedente que receberá a vinculatividade.

A partir dessa premissa, quando surgem nossos precedentes? Se existe uma forma de criação, claramente quando se chegar ao final do procedimento de formação. Aqui, claramente existe a função de “criar” e não declarar em nossos precedentes. Criamos ao invés de reconhecer.

⁵⁴STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. op. cit., p. 42.

⁵⁵*Ibidem*, p. 43.

Nosso sistema de súmulas e de “precedentes” vinculantes vem a atender peculiar necessidade: técnica de trabalho, visando reduzir o volume de questões postas às Cortes superiores e aos tribunais. Aqui, a criação dos precedentes visa a atingir objeto futuro, não necessariamente consagrar a jurisprudência, mas desde o início, criar a jurisprudência.

CONCLUSÃO

A partir da tratativa do Capítulo 1, ficou demonstrada a evolução da função e do conceito de processo a partir da mudança das necessidades sociais, em especial com a evolução do constitucionalismo. Junto com a evolução processual em termos de garantias, e o papel do Judiciário como garantidor do cumprimento do pacto constitucional.

Junto com tais garantias, uma verdadeira euforia de ajuizamento de questões foi um fato. Com o aumento populacional, maior proximidade do povo junto ao Judiciário e mais direitos sendo tutelados, mais chances de violações eram iminentes e com a ação sob uma ótica abstrata, autônoma, a reprodução de questões foi algo que em pouco tempo foi constatado.

Nossa sistemática processual, que, pensada sob uma ótica individualista foi projetada em princípio para tutelar interesses privados, acabou por contribuir com as ditas “questões em massa”, ou “matérias repetitivas”.

Com um Judiciário abarrotado de processos, logo se percebeu a necessidade de técnicas que possibilitassem a prestação em menor tempo possível, o que em si não garantia e não garante uma devida prestação jurisdicional.

No Capítulo 2, fica demonstrado que aliado ao problema da multiplicidade de processos e nossos sistema e tradição jurídicos, a interpretação jurídica e a criação da decisão jurídica acabaram por se tornar um problema ainda maior.

Bens jurídicos idênticos por um Juiz A eram tratados de uma forma e pelo Juiz B de outra e por aí se vai o alfabeto. A situação era replicada até mesmo em câmaras de tribunais ou nas cortes superiores. Ou então, num dia a turma decidia de uma forma e no dia posterior, de outra.

Logo técnicas de uniformização foram criadas. Incidentes criados, para garantir uniformidade; a EC. 45 prevendo a súmula vinculante, dentre outros métodos. Todavia, um problema ainda pairava: a discricionariedade interpretativa permanecia e ainda permanece.

Ao decorrer do Capítulo 2 e 3, o trabalho demonstrou algumas conclusões: a) **a formação das súmulas ou precedentes vinculantes não garante por si só a redução de processos e/ou a devida prestação jurisdicional;** b) **o enunciado de súmula ou precedente por ser texto, sempre será interpretado, sob pena de ser inconstitucional tal técnica ao exemplo dos assentos de Portugal;** c) **nosso sistema de precedentes é *sui generis*, não tendo fidelidade aos precedentes do *common law*;** d) **o *stare decisis* não é inerente ao sistema de precedentes do *common law*; em razão das conclusões anteriores, os nossos precedentes não são uma fonte primária de direito em nosso sistema e tradição jurídicas, mas também não terão o mero caráter persuasivo que antes a EC 45 e do NCPC detinham, sua vinculação o torna vinculante e obrigatório quanto ao balizamento da interpretação e não da previsão inaugural de um direito in *abstato*.**

Fica concluído, que não há óbice a se chamar de “precedentes”, nosso sistema de decisões vinculantes. Todavia, para isso, há que se considerar sua ontologia, gênese e particularidade e não prendê-los doutrinariamente com o talvez paradigma anglo-saxão.

Temos que ter a responsabilidade doutrinária de investigar o nosso sistema, o que foi criado e a sua repercussão.

Temos algo genuinamente nosso, em nossas mãos. Devemos ver o que é nosso com nossos próprios métodos de observação, sob pena de termos a “rejeição” de um ainda desconhecido método de

auxílio à prestação jurisdicional.

Antes de condenarmos a partir de pré conceitos estrangeiros sobre os precedentes de lá, devemos olhar o DNA do nosso, com fim de estudá-lo e atribuir as devidas críticas concretas ao seu uso e funcionalidade.

A conclusão principal é que o Brasil passará a ter seu próprio sistema de precedentes.

REFERÊNCIAS

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Tutela de evidência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 1.

BRASIL. Jurisprudência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

_____, Jurisprudência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm

_____, Jurisprudência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>.

_____, Jurisprudência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm

_____, Jurisprudência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm

_____, Jurisprudência. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/>

consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=0014>8722420064036100.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^o ed., 11 reimp. Portugal: Almedina, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v.1.

CINTRA; Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIAS, Marcus Gil Barbosa. *Controle de constitucionalidade e política judiciária: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015. v.2.

_____, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

EVOCATI. *Os assentos no direito português e as súmulas no direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade*. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=270&tmp_secao=10&tmp_topico=direitoconst&wi.redirect=XR7XVJTV94JLVDOLFYK9.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (org.) *Processo Civil: doutrinas essenciais*. Volume I. *Princípios e temas gerais do processo civil*. (Coleção doutrinas essenciais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. In: Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PORTUGAL. Jurisprudência. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/ebook/historico/volume_26.pdf

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Max Limonad, 1973. v.1.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E AS FORMAS DE REPARAÇÃO.

Jeferson Nogueira Fernandes¹

RESUMO: Este trabalho monográfico trata da responsabilidade civil ambiental, que tem como objetivo observar as formas de identificação do responsável civil ambiental nos danos ambientais e as formas de reparação dos danos. Em sua elaboração foi utilizado o seguinte material: textos doutrinários, julgados do Superior Tribunal de Justiça e legislação nacional pertinente. A conclusão indica que: na responsabilidade civil ambiental adota-se a teoria objetiva, no qual a culpa não é elemento preponderante para a identificação do responsável e utiliza-se as diversas teorias do risco para a comprovação do nexo de causalidade. No que se refere a reparação observou-se que deve ocorrer de forma ordenada inicialmente através da restauração específica, depois pela compensação e por último pela indenização pecuniária.

[Assuntos para referência: Direito Ambiental, Responsabilidade Civil e Reparação]

ABSTRACT: This monographic work deals with the ambient civil liability, that has as objective to observe the forms of identification of the responsible ambient civilian in the ambient damages and the forms of repairing of the damages. In its elaboration the following material was used: doctrinal texts, judged of the Superior Court of Justice and pertinent national legislation. The conclusion indicates that: in the ambient civil liability it is adopted objective theory, in which the guilt is not preponderant element for the identification of the responsible one and uses the diverse theories of the risk for the evidence of the causalidade nexus. With respect to repairing it was observed that it must occur of form commanded initially through the restoration specifics, later for the compensation and finally for the pecuniary indemnity.

[Subjects for reference: Enviromental law, Civil liability and Repairing]

¹Mestre em Direito pelo UNIFLU – Direito de Campos, Pós-Graduado em Direito e Gestão Ambiental pelo UNIFLU – Direito de Campos, Procurador-Geral do Município de São João da Barra, Presidente da Comissão de Direito Ambiental da 12ª Subseção da OAB-RJ de 2009 até 2015, Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB-RJ, Professor de Direito Constitucional e Ambiental do UNIFLU, Professor de Direito Processual Civil da Estácio de Sá e Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Responsabilidade Civil - 2.1 – Conceito - 2.2- A Culpa na Responsabilidade Civil - 3. Responsabilidade Civil Ambiental - 3.1 - Natureza Jurídica da Responsabilidade Ambiental - 3.2 - A Relação de Causalidade - 3.3 - As Excludentes de Responsabilidade - 3.4 A Solidariedade dos Agentes Causadores do Dano Ambiental - 4. A Reparação do Dano Ambiental - 4.1 - Formas de Reparação Ambiental - 4.2 - Seguro Ambiental - 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo tratar da responsabilidade civil ambiental, a partir do estudo das teorias do direito civil e da interpenetração dos princípios e normas ambientais, identificando os responsáveis pelos desequilíbrios ambientais e as formas de reparação.

Inicialmente, será investigado os aspectos referentes a responsabilidade civil, suas características em outros países e no Brasil e o estudo da teoria da culpa, no qual advém a responsabilidade subjetiva e objetiva, sendo a segunda correspondente a responsabilidade independente de culpa. Estuda-se também a teoria do risco e suas características.

Em seguida será analisada a responsabilidade ambiental, em especial sobre os aspectos do direito civil, demonstrando a integração com os princípios ambientais e os meio de identificação dos responsáveis e a utilização das teorias da culpa e do risco na responsabilidade civil ambiental.

Apresentaremos também a importâncias da efetivação das medidas para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e á manutenção do ambiente sadio.

Ao final apresentaremos as diferentes formas de reparação dos danos ambientais e a grau de aplicabilidade entre elas, para que se realize a restauração sempre que possível o estado anterior ao dano

ambiental ou a aplicação de medidas compensatórias atrelada à indenização pecuniária.

Em conclusão apontamos que a responsabilidade civil ambiental é fundamentada pela teoria objetiva, tanto por ter sido enunciada no ordenamento jurídico pátrio, mas também por estar relacionada a um direito fundamental que tem de ser reparado. Devendo ser adotado um critério vinculativo para a aplicação da forma de reparação ambiental.

Tendo como metodologia, para a realização deste trabalho, a pesquisa doutrinária em diversos livros especializados em direito ambiental e civil, em especial no tema da responsabilidade civil, sendo analisado as legislações e atos normativos nacionais e alguns julgados do Judiciário brasileiro, sobre o assunto.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Importante para o estudo da responsabilidade civil ambiental, primeiramente é analisar o desenvolvimento da responsabilidade abrangendo sua origem e algumas teoria, para no próximo capítulo especificar à respeito da responsabilidade civil ambiental.

2.1 - Conceito

A responsabilidade abrange diversas relações como: privadas, públicas e morais, buscando manter o equilíbrio necessário nas relações, no qual ocorrendo um dano, torna a mesma desequilibrada devendo o causador ser responsável pela reparação, para o retorno do estado anterior.

O equilíbrio que se pretende manter é desfeito através de uma violação de uma norma através de uma conduta contrária pelo indivíduo, devendo responder pelos prejuízos causados. Assim quando o indivíduo atua além dos limites permitidos pode violar os direitos de outros indivíduos, caracterizando-se como um ato danoso con-

tra terceiros. No direito o limite de atuar é estabelecido pela norma jurídica.² “Marton estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto as conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.”³

A responsabilidade está intimamente ligada ao princípio do equilíbrio das relações jurídicas, vez que cabe ao indivíduo ou seu representante reparar o dano provocado com sua conduta, para restabelecer o equilíbrio desfeito, devendo o ordenamento jurídico delimitar a atuação e a responsabilidade dos indivíduos, tendo o Poder Judiciário a competência de impor a reparação do dano proporcionado.

Ressalte-se que geralmente a responsabilidade decorre de uma conduta ilícita do indivíduo, pois a mesma é contrária ao ordenamento jurídico⁴, mas pode ocorrer também a responsabilidade por uma conduta lícita, no qual igualmente o indivíduo tem o dever de repará-lo. Exemplificando: A ocorrência de dano ambiental, provocada por empreendimento com licença de operação, que mesmo licenciado provocou um dano a ambiente.

Como dito, cabe ao ordenamento jurídico explicitar os limites da atuação, pois a responsabilidade não é somente um fator jurídico, tendo em vista a existência da responsabilidade moral.

Importante ressaltar que a moral e o ordenamento jurídico não são disciplinas separadas, vez que o primeiro está atrelado ao segundo, pois inconcebível uma norma legal e imoral. A moral tem um âmbito de atuação muito mais amplo do que o direito, vez que

²JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente, Belo Horizonte – MG: Del Rey, 2000, p. 293.

³DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 11ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 05.

⁴BRASIL, Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de janeiro de 2002, disponível em www.planalto.gov.br. Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

este busca responsabilizar o indivíduo quando ocorre um dano desequilibrando as relações.⁵

A responsabilidade tem sua função social, caso contrário não existiria motivo de existir. Cabem-nos analisar quais seriam as funções da responsabilidade para os indivíduos.

Para alguns estudiosos a responsabilidade civil tem como função punir o indivíduo praticante do ato ilícito, obrigando a reparação do prejuízo proporcionado, enquanto para outros é preventiva, já que impede o exercício de condutas ilícitas, por fim acredito que a melhor análise é que a função é tanto preventiva, pois desestimula a prática de atos ilícitos, quanto punitiva, pois obriga a reparação do prejuízo causado.⁶

Penso não existir uma hierarquia primária e secundária em relação à função da responsabilidade civil, pois o caráter punitivo é tão importante quanto o preventivo, vez que inibe a conduta ilícita que provocará o dano.

2.2- A Culpa na Responsabilidade Civil

O estudo da culpa na responsabilidade civil é de grande importância para entender as repercussões da conduta do indivíduo, quando há a verificação da culpa ou não e as conseqüências desta verificação.

Como afirmamos anteriormente a reparação do dano advém de um desequilíbrio proporcionado pelo indivíduo a outrem, que pode ser um indivíduo ou toda coletividade prejudicada. A responsabilidade impõe ao causador do dano a reparação para restabelecer o equilíbrio violado.

⁵DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 6-7.

⁶JORGE, Fernando Pessoa. Apud, DESTEFENNI, Marcos. A Responsabilidade Civil Ambiental e as Formas de Reparação do Dano Ambiental, Campinas – SP: Bookseller, 2005, p. 77-78.. (...) o simples fato de a obrigação de indenizar se basear, em regra, na culpa do agente, não pode deixar de levar ao reconhecimento de que a responsabilidade meramente civil exerce, ainda que em plano secundário ou indireto, uma função punitiva e preventiva. Aliás, verifica-se a tendência para tomar em conta, na graduação da responsabilidade meramente civil, a maior culpabilidade do agente(...).

Inicialmente a responsabilidade se estabelece através da culpa, mas evidente que existem condutas não culposas que também promovem desequilíbrios e que devem ser reparados, nestes caso em grande maioria o prejudicado é toda a coletividade, inclusive o indivíduo causador do dano.⁷

Acreditamos que o mais importante não é o estudo da culpa para estabelecer a obrigação de reparar, mais sim o desequilíbrio proporcionado através do dano, pois independente de culpa há certas situações que devem ser reparadas, pois os bens afetados em sua maioria correspondem a direitos essenciais para homem. “A reparação do dano atende a tais anseios. É uma forma de restabelecer esse equilíbrio em cuja conservação se interessa essencialmente uma civilização avançada “que receia a decadência”. É também o modo de satisfazer, para cada membro da sociedade, sua aspiração de segurança, comprometida e ameaçada pela vida moderna.”⁸

O desenvolvimento da sociedade e as condutas do mundo atual, contribuem para o surgimento de condutas de difícil ou impossível detecção da culpa provocadora do dano e até mesmo das condutas não culposas, mas que devem ser reparadas em prol de bens jurídicos de maior importância.

Os franceses observando as dificuldades de permanecer a responsabilidade única e exclusivamente ligada a culpa do indivíduo provocador do dano deram início a teoria objetiva, no qual não vislumbra a culpa como requisito essencial da responsabilidade civil. Mas ao mesmo tempo não abandonaram integralmente a teoria da culpa para a caracterização da responsabilidade civil passando a aplicação da teoria objetiva como uma exceção, no qual deveria estar enunciada na lei referente à matéria que deveria ser aplicada a teoria objetiva.

Esta era a idéia inicialmente defendida pelos franceses, em especial Saleilles, que posteriormente vislumbra que a teoria objetiva não deveria ser aplicada somente quando enunciada no texto nor-

⁷DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 23.

⁸DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 24.

mativo, mas quando estivesse vinculada a idéia de risco que também estaria vinculada ao proveito⁹ decorrente da atividade danosa devendo o indivíduo que se beneficia do dano ter a obrigação de reparar.¹⁰

José Aguiar Dias aduz em sua obra, que seguindo a orientação francesa os tribunais canadenses se conduziram pelo posicionamento de Saleilles, iniciando em alguns casos a inverter o ônus da prova, no qual o jurista expõe na sua obra o caso que deu grande relevância para a aplicação da presunção da responsabilidade, que referia-se a empregado de uma determinada empresa que era responsável em tomar conta de um forno que em determinado momento veio a explodir causando cegueira ao empregado. Tal causa em primeira instância admitiu que a empresa era responsável, decisão esta reformada pelo tribunal de revisão que entendeu que a vítima deveria realizar prova da culpa da empresa, por fim o Tribunal de Apelação entendeu que a empresa era responsável pelo dano ocorrido pois presume-se que o forno estava sob sua guarda.¹¹

A teoria objetiva fundada no risco da atividade desenvolvida é atualmente aceita de forma ampla, mas grande parte da crítica surge em relação ao risco e sua extensão, se este seria integral ou se admitiria excludentes da ilicitude da conduta como o caso fortuito, força maior ou culpa de terceiro.

Com o intuito de estabelecer uma solução sobre a causalidade relacionada ao risco da atividade para a caracterização da responsabilidade surgiram três teorias: da equivalência das condições, da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos imediatos.

Para Sérgio Cavalieri Filho¹², a teoria da equivalência das condições, utiliza-se de um processo hipotético, no qual retira-se mentalmente atividade possivelmente danosa e verifica-se, caso a mes-

⁹SILVA, Wilson Melo da. Op. cit., p. 55.

¹⁰SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974, p. 51.

¹¹DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 74.

¹²FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68

ma não estivesse, se ocorreria o evento danoso da mesma forma, se positivo o responsável pela atividade não é obrigado a reparar o dano, contrariamente se ao retirar mentalmente a atividade o dano não teria ocorrido, presume-se que o responsável pela a atividade é o responsável civil e tem a obrigação de reparar o dano independente de culpa.

Já quanto à teoria da causalidade adequada o mesmo jurista mencionado acima, expõe que para esta teoria só vai existir a responsabilidade quando fosse possível o indivíduo prever que aquela conduta poderia causar um dano.¹³ Deve existir uma relação de causalidade de forma adequada ao fato e ao dano que sem uma possível previsão seria impossível. “Segundo tal teoria, o agente somente seria responsável quando pudesse avaliar, em tese, as condições aptas a causar um dano”.¹⁴

A teoria dos danos diretos e imediatos corresponde a um meio termo entre o posicionamento das duas teorias anteriores, vez que estabelece uma interrupção do nexo causal que deveria acontecer toda vez que um resultado pudesse aparentar como sendo normal, que poderia não ocorrer pelo aparecimento de outra circunstância do evento natural, sendo esta a responder pelo resultado.¹⁵

Na Alemanha tentou-se sistematizar a teoria do risco, através da inserção de alguns princípios justificadores, como do interesse ativo, no qual sustenta que os possíveis danos proveniente da exploração empresarial devem estar embutidos no valor do investimento, devendo o empreendedor correr o risco pelo possível acontecimento de um evento danoso.¹⁶ Outro princípio norteador seria o da prevenção que justifica-se pela dificuldade de se poder provar o res-

¹³FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit., p. 68-69. (...)Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento. O problema reside em saber qual, entre várias condições, será a adequada. Considera-se como tal aquela que, de acordo com a experiência comum, for mais idônea para gerar o evento.

¹⁴JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Op. cit, p. 304.

¹⁵JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Op. cit, p. 305.

¹⁶DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 68.

ponsável pelo dano, impedindo que se exonere da responsabilidade, devendo comprovar que não participou para o resultado danoso. Na verdade objetiva-se que alguém deve arcar com a reparação do dano, vez que o bem lesado é de grande necessidade.

O princípio da equidade ou também chamado do interesse preponderante também foi utilizado na tentativa de sistematização do direito alemão. Resume-se a imputar a responsabilidade em decorrência à situação econômica do responsável. Tratando-se que um indivíduo com maiores condições econômicas deve este responder de forma mais ampla do que o que não dispõe de condições.¹⁷

Considero que o autor supra quando menciona os elementos “malícia” e “culpa grave” está se referenciando ao ato doloso, no qual não enfrenta grandes controvérsias a respeito do dever de reparar o dano provocado por uma conduta dolosa.

O quarto princípio é o da repartição do dano, no qual deve-se existir um seguro para arcar com os danos provenientes de alguma conduta, devendo o Estado suportar a reparação caso não exista prêmio a receber pela inexistência de contrato de seguro. Grande importância este sistema tem na questão da responsabilidade, mais propriamente nas conseqüências, pois evita que o responsável tenha de utilizar de uma única vez seu patrimônio para reparar o dano decorrente de sua conduta, mantendo um equilíbrio econômico. Subsidiariamente o Estado completaria a reparação do dano caso a indenização não correspondesse a todo o dano ou se a atividade não tivesse seguro.

Algumas considerações devem ser feitas a respeito deste princípio, pois o Estado deve reparar o dano quando torna-se impossível a reparação por parte do responsável e somente os bens de importância coletiva revestidos de interesse público. Outro aspecto é que a existência de um seguro para possíveis danos poderá enfraquecer

¹⁷DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 69. Segundo ele, o mecanismo da responsabilidade funcionaria conforme a situação das partes interessadas. Se a pessoa que causa o dano é economicamente forte, alarga-se o campo em que se enquadra a responsabilidade, mormente se o lesado é pouco afortunado; na situação oposta, restringe-se e se exclui, até, a ação de indenização, desde que o autor do dano tenha agido sem malícia ou sem culpa grave

o princípio da prevenção, vez que caso ocorra um dano já está planejado uma indenização pelo mesmo.¹⁸

Dias, demonstra a necessidade de se ponderar os princípios para alcançar uma aplicabilidade em relação ao dano e a possíveis ocorrências danosas. Tais princípios devem ser muito utilizados na reparação de bens de valor fundamental para a pessoa, como demonstraremos na reparação ambiental.

No Brasil a teoria do risco sustenta-se em diversas modalidades, sendo que em todas é responsável aquele de desenvolve uma atividade ou empreendimento perigoso.

A primeira modalidade é o risco-proveito, que será responsável aquele que se aproveita da conduta lesiva, devendo ser obrigado a reparar o dano no qual teve proveito. O risco profissional é a segunda modalidade na teoria do risco, que é responsável em reparar, quando o fato danoso decorre da profissão do que sofreu o dano. O terceiro é o risco excepcional que caracteriza-se quando o evento danoso é proveniente de uma consequência excepcional, no qual a vítima tem participação, mas que mesmo assim deve ser indenizado. O risco criado caracteriza-se quando a conduta do indivíduo provoca um perigo, um possível mal, devendo este estar sujeito a reparar o dano criado pela sua conduta e por fim o risco integral, no qual o dever de indenizar ocorre independente denexo causal.¹⁹ Acreditamos que o risco integral não exclui o nexode causalidade e sim utiliza-se de outros meios, diferentes do tradicional, para vislumbrar o nexocausal existente.

Importante é que seja a responsabilidade subjetiva, que é a re-

¹⁸DIAS, José de Aguiar. Op. cit, 70 – 71. Tem seu germe na idéia de Bentham, que propôs a indenização do dano pelo seguro ou, caso contrário, a reparação a cargo do Estado. A este sistema, que resulta no seguro do acidente, não importa a origem do dano. Daí o inconveniente de, talvez, prejudicar o princípio da prevenção, influenciando para que se relaxem a prudência e a diligencia do segurado, sem garantia para o segurador, porque a ação oblíqua de que dispõe só se poderá exercer em face de culpa manifesta do autor. Considerando os receios nesse sentido manifesto por Lundstedt, Marton pondera que se o segurado sabe que o segurador fará todo o possível para recuperar o que pagou a título de reparação, isso bastará, praticamente, para restabelecer a prevenção abalada.

¹⁹FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit., 147 –148.

gra no Brasil ou a objetiva, no qual existem algumas exceções no país. O maior conflito encontra-se no estudo da teoria da culpa e suas conseqüências para a caracterização do responsável pelo dano.

Observamos que todas as teorias têm seu fundamento de validade e que são perfeitamente aplicadas a diversos ramos do direito, sendo impossível determinar uma única para todo o ordenamento jurídico, vez que os bens protegidos tem valores diferenciados.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A responsabilidade ambiental no direito pátrio ocorre em três esferas: administrativa, penal e civil, sendo a última o objeto de análise deste estudo, no qual trataremos da responsabilidade do agente degradador e a obrigação de reparar o dano ambiental causado por sua conduta.

O Direito Ambiental atualmente é considerado como um direito interpenetrante, pois interfere em todo o ordenamento jurídico através da inclusão de valores ambientais nos demais ramos do direito.

Esta interpenetrabilidade do Direito Ambiental nos outros ramos dos direitos se justifica por ser este um direito fundamental do homem²⁰, intimamente ligado a valores essenciais de existência, devendo ser ponderados com outros direitos.²¹

A responsabilidade pelos danos ambientais na esfera do direito civil é a interferência do direito ambiental, através de seus princípios, no instituto da responsabilidade civil normatizada pelo código civil, devido esta interferência surge uma nova interpretação da

²⁰ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31. O Direito Ambiental, como direito fundamental, não pode ficar subordinado às regras do Direito do proprietário ou do Direito do patrão, assim como não pode ficar subordinado às regras do Direito do Estado contra os direitos da cidadania; ao contrário, são aqueles direitos que devem se subordinar e se transformar em razão de necessidades prementes da humanidade que se refletem juridicamente na categoria dos direitos humanos fundamentais.

²¹BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 244 – 245.

responsabilidade, no qual busca a reparação do ambiente a partir de novos elementos, pois a disciplinada pelo código civil não atende a efetividade do direito violado através do dano promovido.

Diante disso o Dr. Paulo Bessa Antunes, observa a diferenciação da responsabilidade ambiental para a civil, tendo como objetivo a manutenção do direito fundamental ao meio ambiente sustentável: “É importante que se considere, ademais, que a responsabilidade ambiental vem ganhando contornos inteiramente diferentes da responsabilidade civil em geral. A responsabilidade ambiental caracteriza-se por incidir sobre aquele que é mais capaz de suportar os ônus decorrentes da ação prejudicial ao meio ambiente.”²²

Assim, qualquer alteração do meio ambiente, sejam eles naturais, artificiais ou culturais, provoca um dano ambiental que deve ser reparado pelo agressor. Devemos ainda, esclarecer que o ambiente natural corresponde a componentes bióticos (seres vivos) e abióticos (água, ar, terra).²³

A interferência pelo homem nestes componentes supra mencionados, de forma negativa²⁴, provoca um dano ecológico que também corresponde ao dano ambiental. Assim qualquer atentado contra o ambiente natural, artificial ou cultural é obrigatória a reparação, vez que a agressão ao ambiente é contra o próprio homem e sua existência digna, no qual deve ser garantida pelo Estado a permanência do ambiente saudável.²⁵

²²ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 214.

²³DESTEFENNI, Marcos. A Responsabilidade Civil Ambiental e as Formas de Reparação do Dano Ambiental, Campinas – SP: Bookseller, 2005, p. 131.

²⁴MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 13ª ed, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 334.

Todas as alterações ecológicas constituem dano ecológico reparável diante do Direito? Seria excessivo dizer que todas as alterações no meio ambiente vão ocasionar um prejuízo, pois dessa forma estaríamos negando a possibilidade de mudança e de inovação, isto é, estaríamos entendendo que o estado adequado do meio ambiente é o imobilismo, o que é irreal. Contudo, o admitirmos mudanças espontâneas ou até provocadas da natureza, não nos conduz a afirmar que todas essas mudanças são benéficas.

²⁵DESTEFENNI, Marcos.Op. cit., p. 133.

3.1 - Natureza Jurídica da Responsabilidade Ambiental

No primeiro capítulo apresentamos algumas posições a respeito da responsabilidade civil sendo esta dividida em duas espécies a subjetiva e a objetiva, sendo aplicadas em decorrência do bem a ser protegido, no qual a grande discussão jurídica encontra-se na consideração da culpa como elemento fundamental da responsabilidade.

Reafirmamos que em se tratando da proteção, preservação e conservação do ambiente, o bem que deverá ser protegido pelo direito é o bem da vida, o que faz do ordenamento constitucional ambiental um direito fundamental, no qual não se resume a estar vivo, mas a ter uma existência de qualidade.

A responsabilidade civil ambiental tem como função reparar, prevenir e punir economicamente o agressor do ambiente, pois ele deve reparar o dano causado ao ambiente retornando ao estado *a quo*, prevenir para que o dano não aconteça novamente e de indenizar os prejuízos causados, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, no qual desestimule o agressor de permanecer degradando o ambiente.²⁶ “O Direito Ambiental engloba as duas funções da responsabilidade civil objetiva: a função preventiva – procurando, por meios eficazes, evitar o dano – e a função reparadora – tentando reconstruir e/ou indenizar os prejuízos ocorridos. Não é social e ecologicamente adequado deixar-se de valorizar a responsabilidade preventiva, mesmo porque há danos ambientais irreversíveis.”²⁷

O ordenamento jurídico ambiental estabeleceu, através de norma infraconstitucional, a responsabilidade objetiva em relação aos danos ambientais produzidos por poluidores, Assim inexistente a necessidade do estudo e comprovação da culpa do agente provocador do dano ambiental, sendo necessário inicialmente a existência da conduta (comissiva ou omissiva), o nexo de causalidade e o dano.

Neste aspecto o ordenamento jurídico brasileiro é bastante

²⁶ADESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p. 138.

²⁷MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 340.

adiantado, vez que nem todos os ordenamentos internacionais responsabilizam os agressores do ambiente de forma objetiva, vez que muitos adotam os elementos da responsabilidade subjetiva o que se tratando da matéria ambiental causa sérios problemas, pois processualmente é de grande dificuldade e talvez quase impossibilidade a comprovação da culpa nos ilícitos contra o ambiente.²⁸ O Poder Judiciário também vem pacificando através da jurisprudência o entendimento que a responsabilidade civil ambiental é objetiva, conforme podemos observar no RE nº 604.725 – PR.²⁹

Está pacificado pela doutrina jurídica ambiental brasileira, como pelo ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional e também através do Poder Judiciário, que a natureza jurídica da responsabilidade civil ambiental é objetiva, devendo ser comprovado somente a conduta, a relação de causalidade e o dano ambiental.

3.2 - A Relação de Causalidade

Para a reparação e/ou indenização dos danos causados ao ambiente necessário que se comprove a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente, que pode ser comissiva ou omissiva.

Quando o dano for imediato e a fonte geradora for única e não uma pluralidade de fontes é de fácil visualização a relação de causalidade. Diferentemente o ocorre se forem vários os agentes poluidores, que conjuntamente podem ter provocado o evento danoso ou um único agente produziu o dano, mas todos os agentes efetuam algum tipo de alteração no ambiente de forma lícita.³⁰

Outro problema para a comprovação da relação de causalidade

²⁸ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 206.

²⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RE nº604.725- PR, Segunda Turma, Relator Min. Castro Meira, j. 21/06/2005, DJ: 22/08/2005, p. 202. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

³⁰MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit. p, 342.

nos danos ambientais está relacionada pelo fato que em muitos casos os danos somente são constatados muito tempo depois da conduta do agente poluidor, causando quase que uma impossibilidade jurídica e técnica para a demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. Conforme aduz Marcos Destefenni: “No Direito Ambiental, a questão é ainda mais problemática, sobretudo porque, não raras vezes, o dano ambiental emerge muito tempo após a(s) conduta(s), ou, também, porque o dano ambiental não deriva de uma única causa, isto é, não é consequência de uma única conduta”³¹.

Paulo Bessa Antunes³² desvincula a responsabilidade civil da ambiental, afirmando a existência de uma responsabilidade ambiental, não sendo esta uma espécie da responsabilidade civil, pois tem características próprias para a identificação do causador do dano e que serve para restabelecer ao estado anterior, mas utiliza-se de alguns institutos e teorias do direito civil para a sua concretização.

Necessário que seja atenuada o ônus da prova do autor, existindo uma inversão para o réu, possível poluidor, que deverá provar que sua atividade apesar de ser possivelmente poluidora não provocou o dano ocorrido.

Na Itália a identificação do agente causador do dano ocorre por presunção, sendo necessário observar se a conduta violou padrões de tolerabilidade, não precisando que a vítima demonstre o nexo causal entre o agente e o dano, vez que presume-se que foi o causador por ter ultrapassados os padrões de permissibilidade.³³

Para José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, dentre as três teorias da causalidade jurídica a mais adequada para a responsabilidade ambiental é a dos danos diretos e imediatos, pois deve existir uma relação de causa e efeito, no qual na atividade potencialmente poluidora já existe uma presunção de causalidade do dano, vez que a conduta está intimamente ligada ao dano.³⁴

³¹DESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p. 166.

³²ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 214.

³³MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit. p. 343.

³⁴JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Op. cit., p. 305. Entende o autor ser a teoria dos danos diretos e imediatos o desejável meio-termo, o fator de estabilidade e de mais

Importante ressaltar que a teoria dos danos diretos e imediatos de uma forma geral parecer ser a mais adequada, o que não impede a adequação das outras teorias na responsabilidade civil ambiental como poderemos perceber quando tratarmos da força maior.

Na Alemanha cabe a vítima demonstrar não a existência da relação de causalidade, mas as aptidões que aquela atividade tem em produzir um dano ambiental, no qual presumir-se-á que o agente promovedor do dano é a atividade que foi comprovada as aptidões danosas ao ambiente, sendo assim desnecessário a comprovação do liame de causalidade.³⁵

Deve o juiz ao analisar o caso concreto ponderar os elementos apresentados, no qual comprovam as aptidões da atividade em provocar o dano ambiental, para estabelecer o liame de causalidade, devendo para isso relativizar o ônus da prova para que o réu tenha a obrigação de provar que a atividade não foi a causadora do dano. Evidente que deve existir elementos possíveis para presumir a autoria e não somente alegações.

3.3 - As Excludentes de Responsabilidade

Questão que ainda não é pacificada é se a responsabilidade civil ambiental, que é objetiva, seria fundada no risco integral (extremada) ou seria limitada. Para alguns doutrinadores a responsabilidade ambiental deve ser fundada na teoria do risco integral, dentre eles José Baracho Júnior.³⁶

razoável equacionamento da questão. Tal teoria implica na existência, entre a inexecução da obrigação e o dano, de uma relação de causa e efeito, direta e imediata. Estaria presente nessa teoria a idéia de interrupção do nexa causal, que ocorreria toda vez em que, devendo impor-se um determinado resultado como consequência normal do desenrolar de certos acontecimentos, tal não se verificasse pelo surgimento de uma circunstância outra que, com anterioridade, fosse aquela que acabasse por responder por esse mesmo esperado resultado.

³⁵MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit. p, 345.

³⁶JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Op. cit., p. 322. A vinculação da responsabilidade objetiva à teoria do risco integral expressa a grande preocupação dos doutrinadores brasileiros em estabelecer um sistema de responsabilidade por dano ao meio ambiente o mais rigoroso possível, o que se justifica em face do alarmante quadro de degradação

Diferentemente do que ocorre no direito americano, no qual adota algumas excludentes de responsabilidades, sendo contrária a teoria do risco integral, pois exclui a responsabilidade, caso o dano ambiental seja causado por atos da própria natureza de forma inesperada e imprevista (Act of God), exclui também a responsabilidade quando uma situação equivalente a um “estado guerra” (Act of War) ou quando o dano causado foi oriundo da conduta de um terceiro indivíduo estranho ao proprietário da atividade, mas este deve provar que tomou as devidas providências para evitar danos provocados por terceiros.³⁷

No Brasil como dito acima não é pacificada a questão da possibilidade de incidência das excludentes da responsabilidade, como ocorre nos Estados Unidos.

Inicialmente acreditamos prudente esclarecer o que é caso fortuito e força maior, pois devemos analisar certos elementos integrantes das duas situações, pois não é qualquer ação da natureza que poderá configurar caso fortuito, nem é qualquer conduta produzida por terceiro que ensejará na excludente de responsabilidade, pois o elemento caracterizador é a imprevisibilidade e a inevitabilidade da ação, sendo impossível prever que aquele evento natural ou a conduta de terceiro pudesse causar o dano ambiental.³⁸

Importante apontar que em se tratando de dano ambiental a culpa exclusiva da vítima nunca irá incidir, pois o ambiente é um bem da coletividade, sendo necessário que toda a coletividade tivesse contribuído para o dano ambiental.

Alguns doutrinadores advogam pela aplicação da teoria do risco integral em matéria ambiental, vez que não admite a incidência de excludentes de responsabilidade, como o fato fortuito e a força

existente no Brasil.

A idéia de risco integral procura sugerir a inexistência de excludentes de responsabilidade, expressando a forma mais rigorosa de imputação de responsabilidade por dano ao meio ambiente. A obrigação de reparação decorreria somente do fato dano, excluindo-se qualquer outra determinante externa a ele.

³⁷JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Op. cit., 309-310.

³⁸MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 228.

maior ou o fato exclusivo de terceiro ou da vítima, independente do tipo de atividade existente: “(...) esta atividade pode ser de cunho profissional, recreativa, de mero lazer, não havendo, assim, necessidade de que resulte em lucro ou vantagem econômica ao agente para que haja caracterização de sua responsabilidade objetiva”³⁹

Em contra partida outros autores admitem algumas excludentes da responsabilidade, dependendo se a atividade apresenta risco durante seu exercício ou em decorrência de caso fortuito e força maior e até por conduta de terceiro, sendo que todas elas não apresentam todas as excludentes como possíveis em relação aos danos ambientais.

Para Marcelo Abelha Rodrigues, o caso fortuito e a força maior não podem ser considerados como excludentes da responsabilidade, pois deve-se analisar o vínculo entre a atividade e o dano, vez que se a atividade não estivesse implantada no local do acontecimento do caso fortuito ou da força maior o dano teria ocorrido da mesma forma? Se a resposta for positiva não há que se responsabilizar o agente da atividade, mas se for negativa deve ser responsabilizado pelo dano ambiental ocorrido.⁴⁰

Importante observar a influência que a atividade tem em relação ao dano ambiental originado pelo caso fortuito, pois apesar de não ter sido provocado diretamente pela atividade, deve-se analisar se a mesma não estivesse implantada, ocorreria a alteração da mesma forma, caso positivo não estaríamos diante de um dano ambiental, vez que seria o ambiente alterando-se por si próprio.

Ressaltamos que a força maior também não nos parece uma excludente da responsabilidade ambiental, pois a precaução é princípio basilar do Direito Ambiental, vez que se não era possível prever ou esperar o resultado degradante a atividade não deveria ter sido desenvolvida, e sendo deve o responsável pela mesma ser responsa-

³⁹GIORDANI, José. A responsabilidade civil objetiva genérica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 90.

⁴⁰RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de Direito Ambiental, v. 1, parte geral, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 205.

bilizado.⁴¹

Com isso, o simples fato de ocorrer um caso fortuito, uma intervenção natural no ambiente não é excludente da responsabilidade. Deve-se analisar as prevenções realizadas pelo agente da atividade, se teria tomado as medidas necessárias para evitar o dano mesmo com a incidência de uma atuação da natureza.⁴²

A comprovação do agente responsável pelo dano ambiental é de grande dificuldade, com isso deveríamos adotar a teoria do risco integral, que poderá ser relativizada, em especial quando se trata de dano proveniente de caso fortuito.

3.4 A Solidariedade dos Agentes Causadores do Dano Ambiental

O dano ambiental pode ocorrer pela conduta de um único agente, como também pela atuação de diversos agentes, no qual suas condutas reunidas ocasionaram uma degradação ambiental danosa ao ambiente.

Importante para o Direito Ambiental é a reparação do dano ambiental ocasionado, pois tal dano afeta a dignidade da pessoa humana, vez que o dano ambiental prejudica a qualidade de vida das pessoas. Assim exemplificando, um dano ambiental ocorrido em um complexo industrial ou em um local de grande incidência de agentes poluidores, todos eles serão responsáveis solidários pelo dano ocorrido, tendo em vista a presunção da causalidade, no qual estudamos anteriormente, devendo os responsáveis provarem que a sua atividade não colaborou com a ocorrência do dano.⁴³

⁴¹ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental, Op. cit., p. 35-36.

⁴²MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 353-354. Não é de se aplicar a isenção de responsabilidade de forma automática. Deverá ser analisada a forma de escolha do local, constatando se houve estudo sísmico da área. Se a área está sujeita, com maior probabilidade que outras áreas, a abalos sísmicos, ao se instalar nessa área o empreendedor não poderá beneficiar-se da excludente de responsabilidade. Também deverão ser avaliadas as medidas tomadas para serem evitados danos em decorrência de um possível terremoto. Se as medidas necessárias para evitar o vazamento radioativo não foram previamente tomadas, não houve o uso dos meios para evitar ou impedir os efeitos nocivos ocorridos. Nesses casos não pode ser reconhecida a liberação da responsabilidade civil ambiental.

⁴³SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.

Havendo o dano a responsabilidade ambiental é solidária, podendo todos os agentes que possivelmente causaram o dano responder pelo mesmo.

A ação de reparação e de indenização poderá ser contra um único agente ou contra todos. Deve-se observar dentre os co-responsáveis qual tem melhores condições para reparar o dano e acredito necessário também analisar qual tem a maior probabilidade de ser o causador do dano. Mas o mais importante para o estudo é identificar o responsável ou os responsáveis e a possibilidade de reparar o dano, deixando para que os co-responsáveis internamente pleiteiem o valor que deverá suportar cada.

Mas para a reparação do dano todos serão obrigados a reparar na sua totalidade, independente da divisão entre os agentes, vez que o ambiente é um bem indivisível, sendo de grande dificuldade avaliar o que cada um deverá pagar, devendo todos os co-responsáveis serem responsabilizados pelo o total do dano.⁴⁴

Ressalte-se, que o Poder Público também poderá ser responsabilizado solidariamente pelo dano ambiental ocorrido, desde que tenha tido uma conduta que colaborou com o acontecimento danoso, podendo ser através de uma omissão, como não fiscalizar ou por uma ação, construir sem licença.⁴⁵

O Superior Tribunal de Justiça adota a responsabilidade solidária do Poder Público em relação ao dano ambiental, inclusive incluindo a Administração Pública entre os co-responsáveis quando a mesma de alguma forma contribuiu para o evento danoso ao ambiente.⁴⁶

⁴⁴ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 215. Os tribunais, com vistas a não deixar que a vítima permaneça sem os devidos ressarcimentos, escolhem aquele que é o mais saudável financeiramente e transferem para ele toda a responsabilidade econômica decorrente da indenização. Esta tendência está bastante cristalizada em nossa jurisprudência, pois os tribunais seguidamente negam denunciação da lide em questões ambientais, afirmando que a discussão entre os possíveis responsáveis é matéria privada e que não pode retardar a reparação dos danos ao meio ambiente e o pagamento das respectivas indenizações.

⁴⁵MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 341.

⁴⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RE nº604.725- PR, Segunda Turma, Relator Min. Castro Meira, j. 21/06/2005, DJ: 22/08/2005, p. 202. Ainda, como a responsabilidade do Estado não depende de convênio com o município ou com a União para que seja promo-

Outra questão em relação à responsabilidade solidária pelo dano ambiental é a referente as instituições financeiras, se elas deveriam ser responsabilizadas pela conduta danosa ao ambiente provocada pela atividade financiada.

A responsabilização da instituição financiadora configura o poluidor indireto, conforme o artigo 3º IV da Lei nº 6938/81⁴⁷, vez que ela não degradou negativamente o ambiente pela sua conduta, mas indiretamente propiciou a realização da conduta danosa. “Esta é uma percepção que começa lenta, mas firmemente a tomar conta do cenário financeiro. Além do risco do investimento, as instituições financeiras devem considerar que é crescente a tendência para responsabilizar os agentes financeiros por danos causados pelos mutuários.”⁴⁸

Acreditamos, que as instituições financeiras não podem se eximir das responsabilidades pelos danos ambientais que vierem a surgir com a atividade financiada, vez que deverá utilizar instrumentos para obter informações a respeito das possíveis possibilidades de ocorrer um dano. Assim deve ser também responsável pelo dano que a mesma desenvolver se não resguardou-se durante o processo de financiamento, exigindo a apresentação dos procedimentos ambientais necessários para a implantação da atividade.

4. A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL.

A conduta degradante contra o ambiente gera uma obrigação jurídica de reparar os danos provocados, independente de culpa,

vida a manutenção das áreas de preservação ambiental, bem como das áreas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais e de uso comum do povo, encontra-se presente a responsabilidade solidária do agravante, conforme o previsto no art. 11, § 4º da Lei 9.663/98. A responsabilidade solidária da Administração Pública em relação ao poluidor, pode ocorrer tanto da ação quanto da omissão ou complacência do órgão ambiental.

⁴⁷BRASIL, Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981, disponível em: www.planalto.gov.br

art. 3º - Para fins previstos nesta Lei, entende-se por:

IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

⁴⁸ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 214.

pois como dito anteriormente a responsabilidade ambiental é objetiva.

Trata-se de retornar as características anteriores ao dano, ensejando em um fazer cumulado também em um não fazer, que seria reparar o dano e não agredir mais o ambiente restaurado, na forma da Lei nº 7.347/85 em seu artigo 3º.

A reparação só ocorrerá de forma ideal se o ambiente for restaurado e o agente responsável for condenado conjuntamente com a reparação e prevenir que não ocorra outro dano na área que ele restaurou⁴⁹, pois a condenação no qual impõe ao responsável a abstenção de degradar negativamente o ambiente seria sem sentido, vez que tal imposição já é imposta pelo ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.⁵⁰

Ressalta-se que a obrigação do agente responsável poderá não ficar somente restrita a restauração do ambiente, podendo também ser cominada indenização pelos danos extrapatrimoniais ou também chamados de danos morais, vez que o dano ao ambiente viola direito fundamental do ser humano a ter um ambiente saudável e uma adequada qualidade de vida, afetando a sua própria personalidade, devendo esta violação ser indenizada.⁵¹

4.1 - Formas de Reparação Ambiental

A reparação ambiental atualmente pode ser dividida de três formas, reparação natural; compensação e indenização⁵², sendo aplica-

⁴⁹MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 350.

⁵⁰DESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p. 187.

⁵¹FILHO, Sergio Cavalieri. Dano extrapatrimonial ou moral e sua perspectiva no Direito brasileiro. In Ação Civil Pública – Lei nº 7.374/1985 – 15 anos, coord. Edis Milaré, São Paulo: RT, 2001, p. 418. e Deste modo, a reparação do dano ambiental deve compreender, também, o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia, por si mesmo e em decorrência de sua interação (art. 3º, I, da Lei 6.938/81). Se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com a reposição da situação anterior ao dano, depender, pelas leis da natureza, de lapso de tempo prolongado, a coletividade tem direito subjetivo a ser indenizada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação anterior.

⁵²DESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p. 185.

da isoladamente ou cumulativamente, vez que o ideal é que o agente responsável não acredite que a promoção do dano ambiental é economicamente mais interessante. Assim sempre a reparação deve ser muito mais custosa do que a promoção da degradação ambiental.

Deve-se ao aplicar a reparação estabelecendo critérios de prioridade, pois a melhor solução é a restauração natural do ambiente, tendo em vista que trata-se de bem fundamental do ser humano, devendo retornar ao *status quo* anterior ao evento causador do dano, pois assim, estará restaurando o direito a vida com qualidade e a personalidade que foi afetada.

A reparação específica do ambiente também não se restringe a simplesmente a recuperação do ambiente afetado, deve-se através da obrigação reparatória educar o agente responsável para que o mesmo possa até se tornar um defensor efetivo do ambiente. Daí que a condenação pecuniária unicamente não se apresenta como sendo a melhor para os danos ao ambiente, pois o agente poderá não visualizar que degradando o ambiente estará se auto destruindo.⁵³

Somente se abandonará a obrigação de restauração natural ou específica, caso seja comprovadamente impossível a execução de tal reparação ao ambiente, devendo nestes casos existir a conversão para uma obrigação compensatória ou pecuniária.

O interesse público que o juiz deverá perseguir na aplicação da condenação pelos danos promovidos pelo agente responsável, deve ser a manutenção do ambiente no estado em que se encontrava, tentando diminuir as alterações realizadas de forma ilícitas.⁵⁴

Difícil trabalho é apurar o custo para a reparação do dano ambiental que o agente irá suportar e posteriormente estabelecer um valor aos elementos ambientais danificados e que não poderão mais retornar ao ambiente como: animais mortos, espécies da flora existentes somente no local danificado e outros elementos. Tal apuração é de grande complexidade e que deve ser rapidamente solucionada,

⁵³MDESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p. 187.

⁵⁴DESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p.188.

vez que nunca se sabe se a reparação do ambiente ocorreu de forma adequada ou se deveria ainda ter sido aplicado uma compensação pelos danos que não conseguiram ser restaurados à natureza.⁵⁵

A compensação é uma conversão, tendo em vista ser impossível a restauração específica, deve-se então, estabelecer uma outra medida que venha a compensar a retirada das características ambientais que antes da conduta existia.

De grande importância é que a compensação seja aplicada no local onde ocorreu o dano ambiental, mas não é obrigatória, vez que pode ainda ocorrer que não seja possível a sua aplicação no mesmo local ou que outro local encontra-se em maior desequilíbrio ecológico. Este pensamento não é o único, pois entendem alguns que a compensação deve ser realizada no mesmo local do evento danoso, sendo um requisito necessário, caso contrário estaria o agente poluidor indenizando e não compensando.⁵⁶

A adoção de medidas compensatórias deve ter como critério para sua aplicação a impossibilidade de ser realizada a restauração específica. A compensação deve corresponder a um nível de equivalência do dano provocado, não podendo ser exigida uma compensação menor do que a importância perdida com o dano ambiental e devendo em primeiro lugar ser aplicada no local do dano, mas não obrigatoriamente.⁵⁷

⁵⁵ ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 247. Por muito que se tenha falado sobre o assunto, a realidade é que, até hoje, não existe um critério para a fixação do que, efetivamente, constitui o dano ambiental e como este deve ser reparado. A primeira hipótese a ser considerada é a repristinação do ambiente agredido ao seu status quo ante. Todos nós sabemos que não é simples a reconstrução de um local degradado. Muitas vezes, a degradação de um determinado local implicou a extinção de uma espécie vegetal, por exemplo. Evidentemente que, no caso, não será possível a plantação de novas plantas semelhantes àquelas que foram destruídas. Como proceder? A morte de um animal ou de uma planta, como pode ser compensada?

Estas questões estão longe de obter uma resposta consensual ou simples. A adoção de um valor arbitrado para significar a espécie destruída tem a desvantagem de estabelecer um macabro sistema pelo qual aqueles que possuem recursos financeiros poderão pagar uma soma para compensar a área ou espécie prejudicada. Por outro lado, este mecanismo tem como lado positivo a fixação de algum critério objetivo a ser imposto ao poluidor.

⁵⁶DESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p.191.

⁵⁷VILLAR, Maria Aparecida Alves Gulin e ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. A compensação como forma de reparação por danos causados ao meio ambiente. In Justiça Pe-

Importante observar que a compensação não retira da reparação o caráter ambiental, vez que mesmo que não retornando ao estado anterior ao dano ambiental, sua aplicação continua vinculada a uma medida diretamente ambiental.

A compensação deve ser um benefício ecológico, caso o dano seja ecológico⁵⁸, pois se o dano provocado estiver relacionado a aspectos culturais ou artificiais a reparação através da compensação deve seguir a mesma identidade do bem degradado.⁵⁹

Por último, existe a indenização pelo dano ambiental provocado pelo agente responsável que será através de um pagamento pecuniário. Ressalta-se que a indenização é a pior forma de reparação do dano ambiental, vez que não se deve converter um direito fundamental violado em pecúnia, sendo somente aceitável em caso de total impossibilidade de reparar o ambiente através das formas antes analisadas.

Muita cautela deve existir quando aplicada tal condenação, tendo em vista que pode se tornar um aval ao direito de poluir, vez que o agente responsável efetua o pagamento em pecúnia correspondente a sua conduta ilícita.

A indenização paga pelo agente será direcionada aos fundos ambientais, podendo ser federal, estadual ou municipal, para que de forma indireta a pecúnia efetuada pela condenação do agente responsável seja aplicada na proteção e manutenção do ambiente.⁶⁰

4.2 - Seguro Ambiental

Uma solução para o problema da reparação ambiental, devida pelo agente poluidor é o seguro, no qual se assegura a reparação caso ocorra algum dano ao ambiente.

Importante ressaltar que o seguro é uma relação jurídica de na-

nal, nº 6, coord. Jaques de Camargo Penteadó, São Paulo: RT, 1999, p. 200.

⁵⁸O dano ambiental não se restringe somente ao dano ecológico, vez que o ambiente se divide em: natural, artificial e cultural.

⁵⁹DESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p.192.

⁶⁰DESTEFENNI, Marcos. Op. cit., p.193.

tureza privada não podendo o agente do dano se excluir da responsabilidade por ter celebrado um contrato de seguro com a seguradora.

A responsabilidade do agente continua independente do seguro celebrado, vez que o dever de prevenção faz parte da responsabilidade do agente que exerce a atividade, dever este que não pode ser repassado à seguradora.

Salienta-se que o seguro não resolverá todos os problemas advindo do dano ambiental provocado, tendo em vista que a reparação específica deve ser integral e o prêmio do seguro pode não ser suficiente para arcar com toda a reparação.⁶¹

Como dito, a relação entre o agente responsável e a seguradora é privada, não podendo influenciar em direitos de terceiros, neste caso de toda a coletividade, que tem o direito fundamental a ter um ambiente sadio e equilibrado.

O seguro é uma garantia ao responsável para que evite a impossibilidade de arcar com a responsabilidade ambiental, devendo ser considerada como uma forma de diminuir a valor pecuniário a ser aplicado na reparação.

Acreditamos que o pagamento do valor contratado pelo responsável a seguradora não o desobriga de efetuar a reparação caso seja condenado a realizar a restauração específica ou compensatória e até mesmo a pecuniária.

5. CONCLUSÃO

Inicialmente ressalto, que o estudo da responsabilidade civil é de grande importância e também de grande complexidade, devido às diversas teorias existentes sobre o assunto, inclusive com o surgi-

⁶¹MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., 355. Uma indagação de interesse público é a de saber-se se uma tarifa inapropriada para a cobertura do dano desonera por completo o poluidor. Com acuidade, Giles Martin responde que as vítimas não estão obrigadas a se contentar com uma reparação incompleta, pois por razão de princípio, sustentar o contrário é sustentar que os prejuízos causados por certas atividades ultrapassam a capacidade humana de previsão.

mento constante de novas situações que o direito deve solucionar.

Concluímos com a análise da responsabilidade civil ambiental, que a responsabilidade civil atualmente é dividida em subjetiva e objetiva, sendo que a primeira o elemento culpa é requisito fundamental para a identificação do responsável enquanto que na segunda a culpa não é considerada para a averiguação do responsável.

Atualmente é de grande dificuldade estabelecer uma análise tradicional a respeito da responsabilidade, pois torna-se mais difícil a caracterização da culpa no eventos danosos.

Os bens necessários e fundamentais não devem ficar adstritos unicamente na teoria subjetiva, pois são bens que devem retornar ao estado anterior, tendo em vista terem uma função de vital importância.

Ao analisar a responsabilidade de um agente devemos observar os possíveis riscos que aquela atividade inseriu, para que possa existir um dano e caso ocorra tem o agente que responder pelo evento danoso.

A responsabilidade civil ambiental é objetiva, pois foi enunciado pela Política Nacional de Meio Ambiente e também porque existe um grandes número de atividades e empreendimentos de risco que intervém no ambiente, justificando a adoção da responsabilidade objetiva.

O ambiente é um bem fundamental para toda coletividade, tanto que foi inserido pela Constituição Federal de 1988, como sendo um direito fundamental necessário a manutenção da qualidade de vida das pessoas.

Este bem, quando danificado pelos seres humanos deve ser restaurado, vez que a conduta humana provocou uma degradação ambiental prejudicando o equilíbrio ambiental e a qualidade de vida das pessoas.

Tal indicação não é suficiente para uma total reparação dos danos causados ao ambiente e automaticamente a coletividade, vez que não é pacífica qual a teoria do risco deve-se adotar para os da-

nos ambientais.

Acreditamos que os danos ambientais são tão complexos que seria de grande dificuldade, para não dizer impossível à aplicação de uma única teoria, devido a diversidade de elementos que contribuem para o evento danoso.

A teoria do risco integral é a que mais se aproxima do ideal para os danos ambientais, mas deve existir certa relativização, pois as excludentes de responsabilidade devem ser observadas de forma particularizada. No caso fortuito esta relativização é muito mais presente, pois deve-se estudar se realmente o agente agiu com a devida precaução e prevenção para que o evento não ocorresse. Demonstra-se assim a importância da utilização também das teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e dos danos diretos imediatos para estabelecer o nexo causal entre a conduta e o dano ambiental ocorrido.

A reparação do dano ambiental é matéria de grande importância, vez que o agente responsável deve ter a obrigação de restaurar o ambiente danificado e indenizar os danos materiais e extrapatrimoniais que provocou com sua conduta.

A melhor reparação é a voltada para o ambiente, em especial a restauração específica do ambiente que deverá ser sempre a primeira medida se possível. A segunda hipótese seria a compensação ambiental que tentaria compensar o ambiente destruído com a reparação de outro sistema ambiental afetado, por último e a pior medida é a reparação pecuniária pelos danos ambientais proporcionados.

Tais medidas podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente aos responsáveis. Em nenhuma hipótese poderá o agente se beneficiar com o dano provocado com uma medida economicamente mais branda que o dano ambiental ocorrido, pois estaríamos validando o direito de poluir.

Não cabe ao juiz na aplicação da sanção civil adotar a medidas que entenda ser a melhor, vez que deve-se adotar sempre a restauração específica, posteriormente a compensação e por fim a indeniza-

ção pecuniária, ou cumular todas as medidas. A forma de reparar o ambiente não é uma decisão discricionária e sim vinculada às medidas apontadas acima.

6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental, 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL, Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de janeiro de 2002, disponível em www.planalto.gov.br.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RE nº604.725- PR, Segunda Turma, Relator Min. Castro Meira, j. 21/06/2005, DJ: 22/08/2005, p. 202.

BRASIL. Constituição da República Federativa do. Promulgada em 05/10/1988. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: www.planalto.gov.br.

DESTEFENNI, Marcos. A Responsabilidade Civil Ambiental e as Formas de Reparação do Dano Ambiental, Campinas – SP: Bookseller, 2005.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 11ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARINHA, Renato. Direito Ambiental, Leme-SP: Edijur, 2006.

FILHO, Sergio Cavalieri. Dano extrapatrimonial ou moral e sua perspectiva no Direito brasileiro. In Ação Civil Pública – Lei nº 7.374/1985 – 15 anos, coord. Edis Milaré, São Paulo: RT, 2001

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GIORDANI, José. A responsabilidade civil objetiva genérica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente, Belo Horizonte – MG: Del Rey, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

A CONDUÇÃO COERCITIVA

Luiz Francisco Gaudard Júnior¹

É notória a preocupação das autoridades e da sociedade com a segurança pública, ou melhor, a insegurança pública.

Os altos índices de criminalidade, que crescem de forma avassaladora, demonstram a vulnerabilidade do Estado, que apático e letárgico não consegue atingir os resultados pretendidos no combate ao crime.

As ações criminosas estão cada vez mais ousadas e ocorrendo num espaço de tempo cada vez menor. O crime, organizado (ou

¹Advogado Criminalista. Advogado do quadro efetivo da Procuradoria Geral do Município de Cambuci/RJ. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Estácio Sá. Professor de Direito Penal da UNIFLU. Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal (UNESA). Pós-Graduado em Direito Público (FDC – UNIFLU).

não), afronta cada vez mais as autoridades constituídas e oprime a sociedade.

A vida, a propriedade, a liberdade, o patrimônio (público e privado), a integridade física, a família e o erário são, dentre outros, bens jurídicos tutelados pela Constituição da República, que merecem ser inexoravelmente protegidos.

Infelizmente, o Estado está demonstrando absoluta falta de controle no combate ao crime e a violência, tanto na sua prevenção quanto na sua repressão.

Contemporaneamente nos deparamos, através de notícias veiculadas pela imprensa, com vários investigados sendo conduzidos coercitivamente à presença da autoridade policial (Delegados da Polícia Federal ou Civil Estadual), sem que anteriormente tenham sido intimados ao comparecimento em sede policial. Muitos desses conduzidos sequer tinham conhecimento que estavam sendo objeto de investigação. Postura que remonta à época tenebrosa da ditadura militar, somente hoje admitida em países sob o regime ditatorial.

Essa condução coercitiva é ilegal e abusiva, em manifesta contradição a exegese do artigo 260 do Código de Processo Penal Brasileiro; que condiciona a aplicação da condução coercitiva ao não atendimento imotivado à intimação anterior.

No direito não se aplica a máxima de “o fim justifica o meio”.

No processo penal não se admite a informalidade, mormente quando a lei explicitamente exige. A intimação formal tem que pré-existir, e, ter sido descumprida injustificadamente, antes da condução coercitiva.

Não se pode admitir jamais, sob qualquer hipótese, pretexto ou argumento, o descumprimento da lei sob o escopo de reprimir o crime, independentemente da sua gravidade, circunstância, repercussão, consequência ou autoria.

Ademais quando esse instituto legal não se aplica ao acusado, justamente por ter direito ao silêncio, ao exercício da defesa pessoal negativa; vez que o ônus da prova cabe à acusação.

Não se pode desconsiderar que a condução coercitiva exerce certa compulsão ou intimidação sobre o acusado para que participe ativamente do interrogatório, respondendo às perguntas formuladas. É ínsita à condução coercitiva a expectativa de que o acusado responda às perguntas que lhe serão dirigidas no interrogatório.

O interrogatório, em sede policial ou judicial, deve ser tratado como ato de defesa, onde se oportuniza ao imputado o exercício da sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como “direito” e não como “dever”, assegurando-lhe o direito ao silêncio e de não fazer ou produzir prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte qualquer interpretação contrária ou prejuízo jurídico; o que se chama de autodefesa negativa.

Nesse sentido, o interrogatório deve ser implementado e realizado como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça; com o investigado acompanhado de seu Advogado e previamente ciente do conteúdo e objetivo das investigações; vez que não se pode manifestar sobre fato que se desconhece.

O artigo 186 *caput* do Código de Processo Penal estabelece expressamente que o acusado, no interrogatório, após devidamente qualificado, será cientificado do inteiro teor da acusação, e, do seu direito de permanecer em silêncio acerca das perguntas que lhes forem apresentadas; bem como, antes de mais tudo, ser orientado através de entrevista reservada com seu Advogado na forma do artigo 185 § 5º do Código de Processo Penal.

O direito ao silêncio está expressamente previsto no artigo 5º inciso LXIII da Constituição da República, que garante: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de Advogado”.

Sem extrema de dúvidas, é obvio que esse direito constitucional deve ser aplicado tanto ao jurisdicionado preso, como também ao que está em liberdade.

No mesmo sentido o artigo 8º – item 2 – letra “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), Pacto de San José da Cos-

ta Rica, cujo Brasil se tornou signatário através do Decreto nº 678 de 06/11/1992, estabelece que toda pessoa (presa ou em liberdade) possui “o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada”.

Ainda, como se não bastasse, o artigo 186 do Código de Processo Penal, prevê que: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo Juiz (e, quando for o caso, por maior razão, pelo Delegado de Polícia), antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”.

Como se verifica, o direito ao silêncio impõe o dever a autoridade policial (ou judicial) que realiza o interrogatório, de cientificar o acusado do objeto daquela persecução e de advertir acerca de que não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas.

Se o silêncio constitui direito do imputado tendo o direito de ser informado do alcance de suas garantias; passa a existir, por consequência, o correspondente dever das autoridades policiais e judiciais que assim o cientifiquem e garantam, sob pena de nulidade do ato por violação de expressa garantia constitucional.

O acusado não pode sofrer qualquer prejuízo jurídico por negar-se a colaborar na atividade probatória a cargo da acusação, ou por exercer seu direito ao silêncio quando do interrogatório. Nesse contexto, também, do direito ao silêncio não pode nascer qualquer presunção de culpabilidade ou qualquer prejuízo à defesa do acusado.

Nessa mesma trilha de raciocínio, pelas mesmas razões alhures, também o acusado não pode ser jamais compelido a participar de acareações, reconstituições ou qualquer tipo de exame pericial (médico, sangue, DNA, grafotécnico, residográfico, etc.); sem que isso lhe cause prejuízo, ou até mesmo seja considerada sua recalcitrância “Crime de Desobediência” previsto no artigo 330 do Código Penal Brasileiro.

Portanto, incontroverso que o ordenamento jurídico pátrio garante a tutela do direito de defesa pessoal negativo – *nemo tenetur se detegere*.

Para arrematar, o parágrafo único do artigo 186 aduz que: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Por dedução lógica, se o silêncio é garantido, a inércia também.

No artigo 260 *caput* do Código de Processo Penal, existe a previsão expressa da condicionante. Somente a autoridade policial ou judicial poderá expedir mandado de condução coercitiva **SE** o acusado não atender à intimação formal anterior injustificadamente.

A condução coercitiva do acusado que jamais descumpriu intimação formal anterior injustificadamente caracteriza, em tese, manifesta violação aos princípios primários insertos no artigo 4º “a” da Lei 4.898/65; crime de abuso de autoridade, vez que a autoridade (policial ou judicial) ordenou ou executou medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.

O apego ao ordenamento jurídico em matéria penal é necessário e inafastável no estado democrático de direito; vez que se trata de liberdade, de garantia constitucional fundamental.

A motivação das decisões judiciais e administrativas (Juiz e Delegado de Polícia) é uma garantia expressamente prevista no artigo 93 inciso IX da Constituição da República, sendo fundamental a sua existência sob pena de nulidade do ato. A fundamentação permite avaliar a racionalidade e a legalidade da decisão, o efetivo controle do cabimento da decisão.

Como qualquer medida cautelar, mesmo que anômala, a condução coercitiva deve ser útil e necessária; mas, antes de tudo, deve ser também legal, legítima e oportuna.

Indo além, admitir a “condução coercitiva” nos moldes que está sendo aplicada contemporaneamente seria reconhecer e aceitar o “direito penal do inimigo” (em alemão, *Feindstrafrecht*) que é um

conceito introduzido em 1985 por **Günther Jakobs**, jurista alemão, professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn. Segundo **Jakobs**, certas pessoas, por serem inimigas da sociedade (ou do Estado), não detém todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos demais indivíduos. **Jakobs** propõe a distinção entre um direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*), que se caracteriza pela manutenção da vigência da norma, e um direito penal para inimigos (*Feindstrafrecht*), orientado para o combate a perigos e que permite que qualquer meio disponível seja utilizado para punir esses inimigos.

Portanto, o direito penal do inimigo significa a suspensão (ou não aplicação) de certas leis justificada pela necessidade de proteger a sociedade ou o Estado contra determinados perigos. A maioria dos estudiosos do direito penal e da filosofia do direito se opõem ao conceito de *Feindstrafrecht*. **Günther Jakobs**, por sua vez, assinala que ele apenas descreve algo que já existe, enquanto seus críticos dizem que ele assume uma posição afirmativa em sua publicação de 2004. Nessa publicação, **Jakobs** propõe que qualquer pessoa que não respeite as leis e a ordem legal de um Estado - ou que pretenda mesmo destruí-los - deve perder todos os direitos como cidadão e como ser humano, e que o Estado deve permitir que essa pessoa seja perseguida por todos os meios disponíveis. Isso significa, por exemplo, que um terrorista que queira subverter as normas da sociedade, um criminoso que ignore as leis e um membro da máfia que só respeite as regras do seu clã devem ser designados como “não pessoas” e não mais merecem ser tratados como cidadãos, mas como inimigos.

Por fim, sem a pretensão de exaurir a discussão, de se concluir que a condução coercitiva, por vezes permeada de exposição pública desnecessária e alvoroço midiático, em nada beneficia a persecução penal. Ao contrário, viola os direitos constitucionais do investigado, macula a sua imagem de forma antecipada, rouba-lhe a presunção da inocência e condena-o ao repúdio social sem o devido processo

legal; por diversas vezes sem qualquer razão.

A COMPATIBILIDADE DA ABERTURA DE CRÉDITOS SUPLEMENTARES COM A META FISCAL E O JUÍZO DE PROGNOSE (APÓS O ACÓRDÃO DO TCU Nº 2461/2015)

Marcus Vinícius Filgueiras Júnior¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS. I – O REGIME DOS CRÉDITOS ADICIONAIS E A PROGNOSE ADMINISTRATIVA. I-a – Conceito e espécies. I-b – Requisitos dos créditos adicionais suplementares e especiais. I-c – A compatibilidade da meta e a prognose administrativa. I-d – Ato administrativo de abertura dos créditos adicionais suplementares e especiais. II – A INTERPRETAÇÃO DO TCU EM 2010 (ACÓRDÃO 1306/2010). III – A INTERPRETAÇÃO DO TCU EM 2015 (ACÓRDÃO Nº 2461/2015). IV – A CRÍTICA À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO TCU.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A interpretação acerca da abertura de créditos adicionais suplementares sofreu recente alteração, especialmente com relação à análise que envolve a sua compatibilidade com a meta fiscal.

O novo entendimento foi consolidado no âmbito do TCU (Acórdão nº 2461/2015, no processo TC 005.335/2015-9), que é um órgão técnico, e não político. Esta constatação já seria suficiente para que se dedicasse alguma reflexão ao tema.

¹Advogado público da UENF. Mestre em Direito do Estado (PUC-SP). Doutorando em Ciências Jurídicas (UCA-Ar). Professor de Direito Administrativo (Univ. Estácio de Sá/UNIFLU). (marcus_filgueiras@yahoo.it)

No entanto, a questão também foi debatida no recente julgamento do *impeachment*. Os seus principais atores expuseram argumentos inegavelmente jurídicos, ainda que por vezes viessem lançados no bojo da retórica política. Parte da tese do TCU foi utilizada pelo Senado de forma a consumir o *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff.

Nesse contexto, é relevante refletir sobre os contornos e especialmente sobre os reflexos do novo entendimento. Para tanto, o estudo apresentará os traços mais relevantes do regime jurídico dos créditos adicionais para que se possa compreender a alteração havida na interpretação do TCU. Em seguida, serão comentados os Acórdãos nº 1306/2010 e nº 2461/2015 do TCU. E, a título de conclusão, a crítica ao novo posicionamento da Corte federal de Contas.

I – O REGIME DOS CRÉDITOS ADICIONAIS E A PROGNÓSE ADMINISTRATIVA

I-a – Conceito e espécies

Os créditos adicionais são acréscimos ao orçamento originariamente aprovado pelo Poder Legislativo, de forma a reforçar uma dotação de despesa que se revelou insuficiente no curso da execução orçamentária ou mesmo incorporar uma nova dotação. Este conceito jurídico pode ser extraído do artigo 40 da Lei 4.320/1964².

Segundo o artigo 41³ da mesma Lei, há três tipos de créditos adicionais: os especiais, os suplementares e os extraordinários. Os especiais são aqueles que visam cobrir despesas não previstas originariamente no orçamento. Os suplementares referem-se àquelas

²Art. 40. São créditos adicionais, as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento.

³Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: I - suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária; II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.

despesas cuja dotação mostrou-se insuficiente e, por isso, requer seja reforçada. E os extraordinários destinam-se às despesas imprevisas e urgentes (art. 167, § 3º, CF).

I-b – Requisitos dos créditos adicionais suplementares e especiais

Os requisitos prévios para a abertura dos créditos adicionais suplementares e especiais têm a sua previsão na Constituição da República. O art. 167, inciso V, veda *a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes*. Para os créditos extraordinários não há a exigência de indicação prévia de recursos, dada à sua própria natureza emergencial.

Como se extrai do art. 167, V, da Constituição, para abertura de créditos suplementares ou especiais há a exigência de:

- a) Prévia autorização legislativa de forma a atender ao princípio da legalidade financeira e, assim, respeitar a peça orçamentaria (c/c art. 167, II, CF e art. 42 da Lei nº 4.320/64);
- b) Indicação da fonte de recursos do acréscimo ao orçamento como uma exigência destinada à manutenção do equilíbrio fiscal (c/c art. 1º, LRF).

Por sua vez, o art. 43⁴, da Lei 4.320/1964 regulamenta o referido dispositivo constitucional relativamente aos créditos adicionais especiais e suplementares. Estabelece que se considera recurso capaz

⁴Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa. (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964)

§ 1º Consideram-se recursos para o fim deste artigo, desde que não comprometidos: (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964)

I - o superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior; (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964)

II - os provenientes de excesso de arrecadação; (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964)

III - os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em Lei; (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964)

IV - o produto de operações de crédito autorizadas, em forma que juridicamente possibilite ao poder executivo realizá-las. (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964).

de amparar a abertura de tais créditos os seguintes:

- a) O superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior;
- b) Os recursos provenientes de excesso de arrecadação; e
- c) Os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em Lei.

O regime jurídico desses créditos se completa com a Lei Orçamentária Anual, a LOA. Tem sido comumente autorizada pelas LOAs (art. 4º) a abertura de créditos adicionais especiais *e suplementares desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário*. Trata-se também de uma exigência voltada a manter o equilíbrio fiscal⁵. Por isso, mesmo que não houvesse essa condição expressa, deveria ser interpretado como exigida, por força dos artigos 1º e 9º da própria LRF, que exigem permanente verificação da compatibilidade de qualquer ato de gestão orçamentária ou financeira com a meta fiscal.

Recordemos que a meta de resultado primário corresponde à diferença entre a totalidade das receitas primárias e a totalidade das despesas primárias. As referidas receitas/despesas primárias são não-financeiras. Por isso, não entram nessa conta receitas decorrentes de operações de créditos, alienação de ativos e até juros ativos; bem como as despesas financeiras com juros da dívida pública e a sua amortização. A meta é estabelecida pela LDO em um ano para ser alcançada no exercício financeiro seguinte. A fixação da meta configura o que a doutrina chama de prognose legislativa⁶. Como se verá em seguida, a prognose é um juízo de probabilidades, que pode ou não se confirmar.

⁵“Está assim posto o principal objetivo da LRF: estabelecer, no Brasil, o denominado equilíbrio fiscal”. Caldas Furtado, J.R. Direito Financeiro. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 439.

⁶Sousa, António Francisco. “Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 117.

I-c – A compatibilidade da meta e a prognose administrativa

O texto legal que tem sido empregado nas LOAs da União não esclarece o que se deve entender por “compatibilidade com a meta”. Porém, é inegável que se trata de uma projeção da receita/despesa desde o momento da abertura do crédito adicional até o final do ano, cujo resultado é checado com a meta fiscal. Isto porque a meta é anual, tal qual dispõe o art. 4º, § 1º da LRF.

Para elaborar a projeção até o fim do ano, o Chefe do Executivo, no momento de abertura dos créditos, deverá recolher da realidade todos os fatores prováveis de acontecer até o encerramento do exercício financeiro, inclusive os legislativos, que provoquem impacto sobre as despesas, as receitas e sobre a própria meta.

Esse juízo se traduz em verdadeira **prognose administrativa**, que é uma *antecipação intelectual do futuro*, como diz António Francisco de Sousa⁷. É uma afirmação com base em elementos prováveis. O autor lusitano chama a atenção para o fato de que a prognose não é *juízo de subsunção, mas juízo de probabilidade*. Nas previsões não há *bitola de exatidão e verdade, mas bitola de cuidado. Só o futuro irá comprovar o que é verdade*.

Vale observar que André Saddy nos mostra que os autores portugueses José Manuel Sérvulo Correia⁸ e Bernardo Diniz de Ayala⁹ entendem que qualquer das decisões realizadas dentro da margem de liberdade reconhecida como discricionariedade tem por base um juízo de prognose. Segundo os autores portugueses, a atuação no exercício da competência discricionária se traduz como um juízo de previsão, de estimativa com referência à futura atuação de uma pessoa, da futura utilidade de uma coisa ou a ocorrência de

⁷Idem, p. 115.

⁸Correia, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedida, 2003, p. 471-475 apud André Saddy. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio: Lumen Juris, 2014, p. 155.

⁹Ayala, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial na margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995, p.15 apud André Saddy. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio: Lumen Juris, 2014, p. 155.

novos fatos e desenvolvimento de processos sociais.

Quanto essa afirmação de que o exercício de competência discricionária tem por base sempre um juízo de prognose, é algo que ainda merece, de fato, detida meditação em espaço próprio. Não é a questão decisiva neste ensaio. No entanto, não deixa de ser verdadeiro que a racionalidade da operação discricionária contempla, de alguma forma, um juízo de probabilidade: a previsão da eficácia de determinados atos administrativos, se praticados; os efeitos da inação administrativa no futuro; a previsão da sobrevinda de determinados fatos e suas implicações; entre outros¹⁰.

I-d – Ato administrativo de abertura dos créditos adicionais suplementares e especiais

Por fim, cabe comentar acerca da via técnica para concretizar a abertura dos créditos adicionais suplementares e especiais. Não serão comentados os créditos extraordinários, porque o objeto deste ensaio são os suplementares, que, em verdade, têm um regime quase idêntico ao dos especiais.

O art. 42 da Lei 4.320/64 estabelece que deverá ser aberto mediante decreto, que é ato administrativo de competência exclusiva do Chefe do Executivo. Quanto ao motivo do decreto, deve indicar o atendimento dos requisitos correspondentes já comentados, quais sejam: 1 – Prévia autorização legal; 2 – Fonte de recursos correspondente; 3 – Compatibilidade com a meta de resultado primário, que deve ser demonstrada mediante a elaboração do já referido juízo de prognose.

Com referência ao conteúdo do ato, deve nele estar registrado: 1 – o montante; 2 – a manifestação expressa de qual crédito adicional se trata; 3 – a classificação mais específica possível da dotação

¹⁰É oportuno o registro de que André Saddy entende que o juízo de prognose não pode ser considerado, em si mesmo, como um elemento da discricionariedade, mas apenas como um limitador da chamada discricionariedade potencial. (Saddy, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio: Lumen Juris, 2014, p. 156).

que está sendo objeto de reforço (suplementar) ou da nova dotação (especial) (art. 46 da Lei 4.320/64).

II – A INTERPRETAÇÃO DO TCU EM 2010 (ACÓRDÃO 1306/2010)

O Acórdão nº 1306/2010 – TCU (Plenário) apreciou as contas de 2009 da Presidência da República. A LOA de 2009 também continha o mesmo artigo 4º das LOAs posteriores (2010 a 2016), que exigia a compatibilidade com a meta.

O Acórdão referendou o entendimento de que é lícito abrir os créditos adicionais suplementares em que se utiliza a meta proposta antes mesmo de sua aprovação pelo Congresso. A decisão constatou *a possibilidade de ampliação dos limites de empenho e movimentação financeira* porque a nova projeção foi *combinada com a alteração das metas fiscais propostas ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo*.¹¹ Isso significa dizer que poderia haver tanto a abertura dos referidos créditos quanto o próprio descontingenciamento gradual, tal qual faculta a lei. O entendimento também foi acolhido à época pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), no Congresso Nacional.

O que se verifica é que, nesta posição de 2010, o TCU admitia que a meta proposta já poderia constar do cálculo para efeito de emissão dos respectivos empenhos de despesas e abertura de créditos adicionais, porque o novo parâmetro se encartava num cenário provável, ou seja, compunha o juízo de prognose elaborado pela

¹¹Vide o trecho seguinte extraído da manifestação do TCU: O Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional Projeto de Lei (PLN nº 15, de 2009) que propunha redução da meta para 1,40% do PIB para o Governo Central e 0,20% do PIB para as Empresas Estatais, sendo proposta a exclusão do Grupo Petrobras da apuração do resultado fiscal do setor público. *Tais parâmetros passaram a ser adotados nas reavaliações bimestrais mesmo antes da aprovação do Congresso Nacional*, o que veio a ocorrer em 9/10/2009, quando da promulgação da Lei nº 12.053/2009. Após a análise da realização e da nova projeção dos itens até o final do ano, combinada com a alteração das metas fiscais propostas ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, *constatou-se a possibilidade de ampliação dos limites de empenho e movimentação financeira em R\$ 9,1 bilhões em relação à avaliação anterior*, nos termos do § 1º do art. 9º da LRF.

Administração.

A prognose acerca da meta se confirmou como verdadeira. Afinal, o cenário que era inicialmente provável se converteu em realidade, uma vez que a meta foi efetivamente alterada pelo Congresso Nacional por meio da aprovação da Lei nº 12.053/2009.

III – A INTEPRETAÇÃO DO TCU EM 2015 (ACÓRDÃO Nº 2461/2015)

O entendimento lançado no voto do Acórdão nº 1306/2010 do TCU prevaleceu até outubro de 2015, quando sobreveio o Acórdão nº 2461/2015, que apreciou as contas de 2014 da então Chefe do Poder Executivo.

O Acórdão de 2015 decidiu que as aberturas de créditos adicionais suplementares feita pelos decretos presidenciais se mostraram incompatíveis com a meta naquele momento (exercício de 2014). Alegou-se que o contingenciamento feito foi insuficiente para ajustar-se à obtenção da meta vigente no momento da respectiva abertura¹². O resultado era compatível somente com a nova meta proposta, mas que ainda estava pendente de aprovação.

O TCU justificou que a compatibilidade com a meta precisa ser calculada de modo prospectivo e, por isso, deve levar em conside-

¹²Trechos do Voto do Acórdão do TCU que sintetizam a tese: (...) Portanto, por ocasião da edição dos decretos a principal condição estabelecida na norma autorizativa - compatibilidade com a obtenção da meta de resultado primário -, não fora observada, eis que *inexistia lei formal alterando a referida meta*, pelo que concluo que não pode prosperar a tese da defesa de que os dispositivos legais apontados (art. 167, inciso V, da Constituição Federal e art. 4º da LOA-2014) são exatamente os fundamentos legais para a questionada edição dos decretos. (...) Importante enfatizar esse aspecto, uma vez que uma das irregularidades de maior relevância neste processo (abordada nos subitens 8.6 e 9.2.7 deste relatório) refere-se à falta de contingenciamento de despesas discricionárias, em descompasso com os mecanismos de gestão fiscal prudente e transparente preconizados pela LRF. (...) Aduz que os relatórios que orientam a execução orçamentária (relatórios bimestrais, de avaliação de receitas e despesas primárias – art. 51, § 4º, da LDO/2014), bem como os decretos que promovem o contingenciamento ou o descontingenciamento de despesas, devem se basear em *análise prospectiva* – a contemplar “(...) dados que acontecem ou que deverão ocorrer do momento da sua elaboração até o encerramento do exercício financeiro correspondente” – *tendo em vista mudanças nas variáveis econômicas e alterações legislativas, tendo sempre como foco o cenário mais provável.* (...)

ração sempre *dados que acontecem ou que deverão ocorrer do momento da sua elaboração até o encerramento do exercício financeiro correspondente – tendo em vista mudanças nas variáveis econômicas e alterações legislativas, tendo sempre como foco o cenário mais provável.*

Como se nota, a partir dessa justificativa e diferentemente do entendimento de 2010, o TCU passou a entender que não mais deveria incluir no cálculo da compatibilidade para obtenção da meta o novo valor que ainda não havia sido aprovado pelo Congresso Nacional. Resulta desse entendimento que o TCU não considerou o novo parâmetro pendente de aprovação como parte do cenário mais provável de acontecer. Em síntese, a prognose realizada pela então Presidente não poderia ter considerado a alteração da meta enviada ao Congresso como provável de se consumir.

Mas o fato é que a nova meta proposta pelo Poder Executivo em 2014 foi aprovada pelo Congresso Nacional, em dezembro daquele mesmo ano (Lei nº 13.056/2014). Portanto, o que era apenas provável converteu-se em realidade, tal como ocorreu em 2009. A prognose do gestor público se cumpriu com relação à meta.

Não obstante, a abertura de créditos adicionais foi considerada ilegal pelo TCU por essa específica razão e, também por isso, foi aprovado parecer prévio desfavorável quanto às contas de 2014.

IV – A CRÍTICA À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO TCU

A tese do TCU de 2015 é de difícil sustentabilidade, pois cria um conceito “prospectivo” da realidade, mas que não admite ser cotejado posteriormente com a própria realidade, para fins de controle. Explico-me.

Para melhor entender a questão, voltemos ao conceito da prognose, que significa a afirmação a partir de elementos prováveis; é a *antecipação intelectual do futuro*. Pois bem, enfatiza António Fran-

cisco de Sousa que *os erros da prognose que se venham a comprovar no futuro não levam necessariamente à sua 'incorreção' ou 'ilegalidade'*¹³. De fato, para ser considerada válida, a análise prognóstica não necessita ser checada, no futuro, com a realidade prognosticada. A ocorrência de fatos supervenientes imprevisos poderá conduzir a não realização do que foi prognosticado, o que não pode, necessariamente, significar que houve erro na sua elaboração.

A propósito, é relevante que se esclareça que esse entendimento, bem como o de que a prognose repousa no espaço discricionário ou que não tem espaço para o juízo de subsunção, não afastam eventual controle judicial ou administrativo (este, pelo Controle interno ou pela Corte de Contas)¹⁴. A racionalidade apenas pretende reforçar que se, no momento da elaboração da prognose, os elementos forem plausíveis, não poderá ser considerada ilegal, mesmo que não se concretize a realidade projetada no futuro.

Por outro lado, a confirmação da prognose no futuro afasta a caracterização da sua ilegalidade de modo irrefutável e irreversível. Este é o ponto. Ora, se a prognose administrativa a respeito da meta se vê confirmada na realidade é sinal de que o que foi previsto se concretizou. A previsão se fez realidade. Logo, é a comprovação de que foi feita corretamente.

O que fica evidente acerca do novo entendimento do TCU é que a eleição do que está ou não dentro do que se denomina de “cenário mais provável” passou a ficar a critério exclusivo do próprio TCU, independente do que venha a acontecer na realidade¹⁵. O fato é que, ainda que a prognose se confirme, o TCU poderá considerá-la ilegal e decidir pela irregularidade da conta que nela se fundou,

¹³Sousa, António Francisco. “Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 115.

¹⁴Essa afirmação é feita mesmo considerando que o juízo de prognose pode conter diversos aspectos de natureza discricionária, mas que não iremos abordar porque exigiria outra investigação que requereria espaço próprio.

¹⁵Relembre-se que o TCU só aprecia as contas do Chefe do Executivo no exercício financeiro seguinte. No momento em que apreciar já saberá, necessariamente, se qualquer proposta de alteração de meta fiscal do exercício que está sob apreciação foi ou não aprovada.

como aconteceu com este Acórdão nº 2461/2015.

Essa interpretação do TCU, de certa forma, esvazia a competência jurídica da Administração Pública de elaboração do juízo de prognose, o que ofende ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF), e também a determinadas normas gerais de Direito Financeiro (especialmente os artigos 42 e 46, da Lei 4.320/64), bem como a própria LOA.

Respeitosamente, não creio que haja justificativa para tamanho descompasso da interpretação do TCU com a realidade e com o próprio sistema jurídico vigente. A atuação arbitrária da Corte de Contas é de todo lamentável e deve ser combatida, mas sempre com o instrumental oferecido pelo Estado democrático de Direito (sem exceções¹⁶). Acredito que a decisão da Corte de Contas deveria ser submetida imediatamente ao crivo judicial.

Ainda que não pretenda acusar o TCU de atuação com motivações de natureza política neste caso, porque não é o objeto deste ensaio, é de se reconhecer que toda interpretação jurídica é tributária de seu tempo. Como dizia Afonso Rodrigues Queiró, notável administrativista português, *o critério das construções e das teorias jurídicas é a sua adequação às realidades sociais de cada momento histórico ou de cada país*¹⁷.

Se o momento histórico passou a condicionar a Corte federal de Contas a fazer o controle da prognose administrativa de costas para o mundo dos fatos, de costas para a realidade, há elementos sólidos a nos sinalizar que atravessamos uma quadra perigosa da história. O Estado democrático de Direito exige de nós uma reflexão madura e serena, sem paixões políticas, acerca dos rumos de

¹⁶Não é jurídico nem republicano o argumento de que para defender direitos se possa violar outros direitos, como se o fim justificasse os meios. Repudiamos veementemente qualquer atuação voluntária que admita o desrespeito ao Estado de Direito. A história nos ensina que começar a justificar a violação de direitos fundamentais em nome de um suposto “interesse maior” é o primeiro passo de um caminho que poderá terminar de maneira trágica e dolorosa.

¹⁷Queiró, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da Administração. In Estudos de Direito Público, v. I – Dissertações. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, p. 205

nossas instituições jurídicas.

V – BIBLIOGRAFIA

André Saddy. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio: Lumen Juris, 2014, p. 155.

Ayala, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.

Correia, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedida, 2003.

Furtado, J.R. *Direito Financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Queiró, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da Administração*. In *Estudos de Direito Público*, v. I – Dissertações. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.

Sousa, António Francisco. *“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DA LEI 13.327 de 29 de julho de 2016

Sandro José de Oliveira Costa¹

Resumo: O presente trabalho pretende analisar as inovações introduzidas pela Lei 13.327 de 29 de julho de 2016, que estabelece prerrogativas aos integrantes das carreiras jurídicas que integram a Advocacia-Geral da União. Trata-se de diploma legal que inova em diversos aspectos materiais e processuais, de forma que há necessidade de um estudo mais aprofundado a respeito das respectivas alterações no ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Advocacia-Geral da União. Prerrogativas. Lei 13.327/2016.

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma função essencial à Justiça em construção. 3. Das carreiras contempladas na Lei 13.327 de 29 de julho de 2016. 4. Honorários de sucumbência. 5. Das prerrogativas conferidas aos membros da Advocacia-Geral da União. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

¹Procurador Federal. Professor de Direito Constitucional (Universidade Estácio de Sá/UNIFLU). Mestre em Direito (Faculdade de Direito de Campos/UNIFLU). Especialista em Direito Constitucional (Cândido Mendes). Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Cidade de São Paulo). Bacharel em Direito (Universidade Federal Fluminense). Bacharel em Administração (Univero). Bacharel em Psicologia (Universidade Federal Fluminense).

1. Introdução

A Constituição da República insere a Advocacia Pública no rol das funções essenciais à justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública. Na esfera federal, a Advocacia Pública é desempenhada pela Advocacia-Geral Federal.

Os advogados públicos federais vinham desempenhando suas funções até recentemente sem uma correta disciplina legal de suas prerrogativas, omissão que ensejava inúmeras controvérsias, dificultando o exercício da função constitucional da Advocacia-Geral da União.

Inobstante a grandeza das funções estabelecidas em nossa Carta Magna como essenciais à justiça, inúmeras controvérsias vinham dificultando uma atuação mais combativa e eficiente em prol do interesse público pelos membros da Advocacia-Geral da União, tais como descumprimento da regra legal da intimação pessoal, ameaças ilegais de prisão por descumprimento de decisões judiciais, entraves na percepção dos honorários advocatícios, imposição de multas aos advogados públicos pelo Tribunal de Contas da União, inconstitucional tratamento desequilibrado em relação a outras carreiras jurídicas, apenas para mencionar algumas.

A Lei 13.327 de 29 de julho de 2016, em momento oportuno, disciplina as prerrogativas dos advogados públicos federais, introduzindo relevantes alterações, tanto no direito material quanto no processual. O presente artigo tem por escopo realizar breve análise das prerrogativas estabelecidas pelo novel diploma legal.

2. Uma função essencial à Justiça em construção

O conceito de “Advocacia Pública” foi diferenciado da ideia de “Advocacia de Estado” por uma construção histórica que remonta à chegada da Coroa portuguesa ao Brasil, culminando com alterações expressivas ocorridas em 1988.² Inicialmente, o sistema da advo-

²GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coords). Nos limites da His-

cacia pública era unitário, de maneira que o *Parquet* acumulava as funções atuais com a advocacia de Estado. Com a Constituição de 1988, o Brasil adotou o sistema dualista, retirando do Ministério Público a função de advocacia de estado, seguindo o modelo de países como Itália, Espanha e Argentina.³

Cumprir destacar que a doutrina tem interpretado a opção constitucional por um capítulo apartado exclusivamente para as Funções Essenciais à Justiça como uma escolha por um caráter institucional dos organismos ali mencionados, incluindo aspectos como unidade e independência, necessários para a realização da justiça em sentido mais amplo do que a atividade desempenhada pelo Judiciário: uma justiça axiológica, uma justiça baseada em princípios constitucionais.⁴ Tal justiça deve ser entendida não como instituição, mas como valor⁵, a “justiça substantiva, a justiça material, a justiça que se distribui na sociedade, a justiça em sua dimensão igualitária”⁶ Esse valor justiça, que se vislumbra como legalidade *lato sensu*, representa uma síntese entre legalidade, legitimidade e licitude, como leciona Moreira Neto.⁷

É nesse contexto que se insere a Advocacia-Geral da União, instituição da advocacia pública incumbida de funções essenciais à justiça, quais sejam, representar a União, bem como participar ativamente na implementação das políticas públicas, através da atividade consultiva, nos termos do Art. 131 da Constituição da República.

tória : a construção da AGU : Livro comemorativo aos 15 anos da AGU. Brasília: Unip, 2009. p.8

³GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. in Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano XI, n. 54, p. 77-107, 2009. p. 105.

⁴FERREIRA, Sergio de Andréa. Comentários à Constituição. In: CUNHA, Fernando Whitaker da (Coord.). Comentários à Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3 p. 12.

⁵DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Advocacia pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo. São Paulo, p. 11-30, dez. 1996. p. 13-14.

⁶BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 28.

⁷Op. Cit. p. 41.

3. Das carreiras contempladas na Lei 13.327 de 29 de julho de 2016

O art. 27 do referido diploma legal delimita os cargos que passaram a ostentar as prerrogativas institucionais ora analisadas.

Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre o valor do subsídio, o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência e outras questões que envolvem os ocupantes dos cargos:

I - de Advogado da União;

II - de Procurador da Fazenda Nacional;

III - de Procurador Federal;

IV - de Procurador do Banco Central do Brasil;

V - dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da Medida Provisória no 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

De certa forma, trata-se de iniciativa tendente a uniformizar o tratamento entre as carreiras jurídicas que compõem a Advocacia-Geral da União, consentânea com intensa movimentação de seus membros em prol da unificação das respectivas carreiras.

Não tem o presente artigo o escopo de adentrar às atribuições de cada cargo aqui mencionado, de modo que se passará à análise das prerrogativas de forma unificada, até mesmo porque, de fato, as normas ora em comento devem ser aplicadas a todos os membros da Advocacia-Geral da União elencados no art. 27 da Lei 13.327 de 29 de julho de 2016.

4. Honorários de sucumbência

A questão dos honorários de sucumbência dos advogados públicos é fruto de antiga luta. A Lei nº 8.906 de 04 de Julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) já dispunha em seu Art. 23:

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por ar-

bitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Trata-se de uma alteração na sistemática dos honorários de sucumbência, que, de fato, em sua origem, ostentavam um caráter de ressarcimento ao vencedor, porém essa não é mais a essência dos honorários advocatícios, o que foi muito bem acolhido pelo Estatuto da Advocacia.

Apesar da clareza da redação legal, o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento que inviabilizava o direito dos advogados públicos à percepção de seus honorários⁸.

“Por força do art. 4º da Lei 9.527/94, os honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedor o ente público, não constituem direito autônomo do procurador judicial, porque integram o patrimônio público da entidade”.

O Supremo Tribunal Federal chegou a se manifestar sobre o tema no RE 407.908/RJ⁹, no sentido de que não fere o princípio da moralidade administrativa a percepção de honorários advocatícios por advogado público. Ao contrário, restou assentado que o que afronta a moralidade é negar-se os honorários ao Procurador, vez que tais são pagos pela parte contrária e não pelo Ente público, não integrando o patrimônio público.

De igual sorte, o Conselho Federal da OAB já se manifestou a respeito da titularidade das verbas de sucumbência em favor dos advogados públicos:

⁸AgRg no REsp 1101387/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, publ. DJe 10/09/2010

⁹1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, publ. DJe 03/06/2011

“CONSULTA FORMULADA POR PROCURADOR MUNICIPAL. RELAÇÃO DE EMPREGO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E HONORÁRIOS DECORRENTES DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. Advogados públicos submetem-se a duplo regime para disciplinar sua atuação: a Lei nº 8.906/94 e, ainda, lei que estabeleça regime próprio no âmbito da administração pública. Como advogados públicos, atuando como representantes de entes públicos, têm direito de perceber honorários de sucumbência ou decorrentes de acordo extrajudiciais.”¹⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 afastou qualquer dúvida a respeito do assunto ao determinar expressamente no § 19, do art. 85 que os advogados públicos são os titulares dos honorários advocatícios¹¹.

Este foi, inclusive, o entendimento do E. TJRJ no Julgamento da Representação por inconstitucionalidade da Lei municipal nº 2.569, de 02 de julho de 2008, bem como da Lei municipal nº 3.047, de 07 de outubro de 2013, que destinam os honorários advocatícios aos Procuradores do Município de Niterói¹²:

A jurisprudência do STJ orientava-se no sentido de que a titularidade dos honorários advocatícios da sucumbência, quando vencedora a Administração Pública ou suas entidades vinculadas (autarquias, fundações instituídas pelo poder público, empresas públicas e sociedades de economia mista), não constituía direito autônomo do procurador porque integravam o patrimônio público da entidade. Superveniência de norma (Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015 – novo CPC) que tratou

¹¹“Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.”

¹²Representação por inconstitucionalidade nº 0048177-73.2012.8.19.0000

da matéria e estabeleceu regra diametralmente inversa: os honorários de sucumbência são do advogado público (“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”). Nova ordem que inaugurou a destinação de honorários de sucumbência os procuradores públicos aplicável ao caso em testilha, preservado o teto remuneratório.

A Lei 13.327 de 29 de julho de 2016 surge, portanto, como conclusão de longa batalha pelo direito dos advogados públicos à justa percepção de seus honorários, afastando qualquer dúvida acerca dos titulares dos honorários advocatícios.

Art. 29. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo.

Cumprе salientar, outrossim, de acordo com o parágrafo único do Art. 29 da lei 13326/2016, que os honorários não integram o subsídio, tampouco servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária. Ademais, os honorários não integrarão a base de cálculo, compulsória ou facultativa, da contribuição previdenciária, nos termos do Art. 32 do mesmo diploma legal.

Além de definir o que integra o conceito de honorários advocatícios de sucumbência no Art. 30, o diploma legal em comento disciplina os critérios de rateio (Art. 31) e cria o Conselho Curador dos Honorários Advocatícios (CCHA), composto por um representante de cada uma das carreiras que integram a Advocacia-Geral da

União (Arts. 33 a 36).

5. Das prerrogativas conferidas aos membros da Advocacia- -General da União

5.1 Intimação pessoal

As prerrogativas dos advogados públicos federais são elencadas no art. 38 da Lei 13.327 de 29 de julho de 2016. A primeira diz respeito à intimação pessoal:

I - receber intimação pessoalmente, mediante carga ou remessa dos autos, em qualquer processo e grau de jurisdição, nos feitos em que tiver que officiar, admitido o encaminhamento eletrônico na forma de lei;

Referida regra de certa forma reforça a prerrogativa já expressa no Novo Código de Processo Civil:

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

A bem da verdade, apesar da controvérsia em torno do tema, o art. 17 da Lei. 10.910/2004 já determinava a intimação pessoal dos Procuradores Federais:

Art. 17. Nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das car-

reiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente.

Destarte, cumpre destacar que, no tocante aos Procuradores Federais, a intimação pessoal já seria obrigatória, como decidira o STJ¹³. Nesse sentido, recente decisão do STJ¹⁴:

Processual civil. Recurso especial. Agravo de instrumento. Ausência de peça obrigatória. Certidão de intimação. Agravante com prerrogativa de intimação pessoal mediante vista dos autos. Cópia do termo de vista. Alcance da finalidade da exigência legal. Princípio da instrumentalidade das formas. Aplicação.

Lamentavelmente, alguns magistrados interpretavam equivocadamente a intimação por Oficial de Justiça, sem vista ou remessa dos autos, como “intimação pessoal”, com o que discordávamos veementemente, inclusive manejando os recursos cabíveis.

Cabe salientar, por oportuno, que a menção a “encaminhamento eletrônico na forma de lei” diz respeito aos processos eletrônicos, cuja intimação dar-se-á nos respectivos sistemas processuais por meio de login e senha. Não se cuida aqui de intimação por meio de “Diário de Justiça Eletrônico”, já que o artigo 4º da Lei 11.419/2016, em seu o parágrafo 2º, veda que tais publicações sejam aplicadas nos casos em que a lei prevê a intimação ou vista pessoal.

5.2 Impossibilidade de responsabilização dos membros da AGU por descumprimento de decisão judicial

Nos últimos anos, a Divisão de Prerrogativas da AGU enfrentou diversas arbitrariedades perpetradas por Magistrados em des-

¹³Recurso Especial Repetitivo n.º 1.042.361

¹⁴STJ. Recurso Especial Nº 1.376.656 - SP (DJE 02/02/15, informativo 554)

favor de advogados públicos, com importantes vitórias, dentre as quais se destaca a liminar proferida pela Corregedora Nacional do CNJ, Ministra Nancy Andrighi, em sede de Reclamação Disciplinar proposta pela União contra ato de Juiz que ameaçou prender Procurador Federal por descumprimento de decisão judicial¹⁵.

Diante de tal realidade, apresenta-se relevante a prerrogativa a constante do inciso III do Art. 39 da Lei 13.237/2016:

III - não ser preso ou responsabilizado pelo descumprimento de determinação judicial no exercício de suas funções;

Informações da Procuradoria-Geral Federal dão conta de que, além da prisão do Procurador-Regional da União na 4ª Região, a AGU já enfrentou mais de vinte casos de ameaça de prisão relacionadas indevidamente a supostas práticas de crime de desobediência.

Os casos mais comuns eram o de ameaça ou ordem de prisão como coerção para o cumprimento de decisões judiciais, levando a AGU a manejar habeas corpus em face de diversas arbitrariedades, como a perpetrada por Magistrado da comarca de Cáceres/MT, que, atuando em competência delegada da Justiça Federal, determinou o imediato cumprimento de antecipação dos efeitos da tutela, para implantação de benefícios previdenciários, sob pena de prisão em flagrante dos Procuradores Federais, pelo malsinado crime de desobediência¹⁶.

Algumas situações, no entanto, mostraram-se mais críticas, como as contumazes intimações das Procuradorias Federais determinando o pagamento direto de atrasados devidos pelo INSS, sem a observância do Art. 100 da Constituição da República e muitas vezes sem observar o então vigente Art. 730 do CPC/73, sob pena de prisão por crime de desobediência.

Tal situação, além de injusta, era absurda, vez que sequer poderia um Magistrado com competência cível determinar prisão como

¹⁶CNJ. Reclamação Disciplinar n.º 0000464-92.2016.2.00.0000

¹⁷TRF-1 - HABEAS CORPUS HC 53739 MT 0053739-68.2010.4.01.0000. Data de publicação: 17/12/2010

forma de compelir a parte a cumprir suas decisões, ainda mais invocando suposta prática de crime considerado de menor potencial ofensivo, conforme precedentes do STJ¹⁸:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ORDEM DE PRISÃO. PROCEDIMENTO CÍVEL. INCOMPETÊNCIA DO MAGISTRADO. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento jurisprudencial de que, no exercício de jurisdição extra-penal, não é viável a determinação de prisão em razão do crime de desobediência. Ademais, com o advento da Lei 12.403/11, por meio da qual se consagrou a segregação como ultima ratio, não se mostra apropriada, em regra, a determinação de prisão decorrente de suposta prática de infração penal de menor potencial ofensivo.
2. Ordem concedida, ratificada a liminar e na esteira do parecer ministerial, para cassar a ordem de prisão expedida em desfavor do paciente no seio do Mandado de Segurança de n.º 2001.004.00540, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”

Neste particular, a própria ameaça de prisão ou responsabilização criminal resta abusiva, vez que, a despeito de opiniões em contrário, sequer se admite a prática de crime de desobediência por agente pública, como ensina Hungria¹⁹.

Ademais, os advogados públicos federais são membros da Advocacia-Geral da União, de atuação exclusivamente jurídica, não ostentando ligação hierárquica com servidores da administração di-

¹⁸STJ - HC 123.256/RJ. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, publicado no DJe de 10/10/2011.

¹⁹HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume 9, Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 420.

reta ou indireta. Não têm o dever legal de implantar benefícios previdenciários, descontar pensão alimentícia em folha de pagamento, realizar cirurgias ou fornecer medicamentos. Não podem, portanto, responder por ordens descumpridas, *verbi gratia*, por uma Autarquia que defendem em Juízo. Assim se manifesta a Jurisprudência:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TERMO CIRCUNSTANCIADO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. PROCURADOR FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO. 1. O crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP , tem por sujeito ativo o particular, e não o servidor público no exercício de suas funções legais. 2. Não é atribuição de Procurador Federal o cumprimento de ordem judicial direcionada ao pagamento de débitos previdenciários, eis que sua competência se limita à representação judicial do INSS. 3. Ordem de habeas corpus concedida²⁰.

Existe atualmente sólida jurisprudência do CNJ relacionada à defesa das prerrogativas da carreira de Procurador Federal, conforme decisões proferidas no Pedido de Providências nº 0000749-61.2011.2.00.0000 e nas Reclamações Disciplinares nº 0007471-43.2013.2.00.0000, 0007469-73.2013.2.00.0000 e 0003586-21.2013.2.00.0000.

De fato, o novo regramento vem sedimentar longo processo de esclarecimento das funções institucionais da Advocacia Pública, afastando de vez qualquer dúvida a respeito da ilegalidade da ameaça de prisão por descumprimento de decisões judiciais dos membros da Advocacia-Geral da União.

Diante do exposto, resta evidente que não pode mais ser aplica-

²⁰TRF-1 - HABEAS CORPUS HC 32257 GO 0032257-64.2010.4.01.0000. Data de publicação: 30/07/2010

do o Enunciado nº 8 do FONAJEF, cuja redação permitia, equivocadamente, a intimação do advogado público a fim de cumprir decisões judiciais²¹. A bem da verdade, tal Enunciado já se encontrava desatualizado em face do teor do § 8º do Art. 77 do novo CPC²².

Ademais, a Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015, em seu Art. 231, §3º, prevê expressamente a prática de atos processuais diretamente pela parte, “sem a intermediação de representante judicial”.

Releva salientar, no entanto, que a prerrogativa em análise não diz respeito exclusivamente à vedação de prisão, mas a qualquer forma de responsabilização por descumprimento de decisões judiciais, não se admitindo, por exemplo multa-diária imposta ao Procurador, já que, como devidamente exposto, as atribuições legais dos advogados públicos restringem-se à atuação jurídica, não tendo o membro da AGU dever legal de praticar atos como implantar benefícios ou fornecer medicamentos, muito menos determinar pagamento de quaisquer verbas às partes.

O tema da responsabilização dos advogados públicos federais foi tratado nos parágrafos 2º e 3º da Lei 13327/2016.

§ 2o No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

§ 3o A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares.

Tais dispositivos resolvem, além de outras situações, a tormen-

²¹É válida a intimação do procurador federal para cumprimento da obrigação de fazer, independentemente de ofício, com base no artigo 461 do Código de Processo Civil?

²²“O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar”

tosa questão das punições impostas indevidamente aos advogados públicos federais em razão de pareceres considerados incorretos pelo Tribunal de Contas da União.

Não se pode inferir, de forma açodada, que o novo regramento impõe a ausência de responsabilização do agente público. Ao contrário, cuida-se tão-somente de estabelecer a autoridade com atribuição para verificar eventuais práticas ilícitas, bem como corrigir grave distorção no entendimento art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93, já que o TCU vinha outorgando ao parecer ali previsto insustentável caráter vinculativo, transferindo ao advogado público uma atribuição gerencial estranha a suas funções constitucionais.

Cabe não esquecer que, ao emitir pronunciamento jurídico fundamentado, o membro da advocacia pública o faz em cumprimento a função essencial à Justiça estabelecida na Constituição. Assim, caso o TCU vislumbre eventual ato de improbidade cometido pelo parecerista, o procedimento legal é representar o fato aos órgãos competentes, *in casu*, a Corregedoria da Advocacia Geral da União.

5.3 Inovações no Direito Processual Penal

A Lei 13.327/2016 introduziu também disposições específicas de Direito Processual Penal, uma delas reforçando a impossibilidade da malsinada ameaça de prisão por descumprimento de decisão judicial, utilizada indevidamente como forma de coerção por alguns juízes com competência cível.

IV - somente ser preso ou detido por ordem escrita do juízo criminal competente, ou em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade policial lavrará o auto respectivo e fará imediata comunicação ao juízo competente e ao Advogado-Geral da União, sob pena de nulidade;

De fato, há agora duas hipóteses aplicáveis à prisão dos membros da Advocacia-Geral da União. A primeira demanda ordem ~~escrita do juízo criminal, após a devida observância da legislação~~ processual penal, culminando com decisão devidamente fundamentada. A segunda hipótese é a de flagrante de crime inafiançável, havendo determinação expressa de comunicação imediata ao juízo competente e ao Advogado-Geral da União, sob pena de nulidade.

Apesar das similitudes e da evidente tentativa de equilibrar um pouco o tratamento entre as funções essenciais à Justiça, há, ainda, grande diferença no que tange às regras da prisão entre Juízes, membros do Ministério Público e membros da Advocacia-Geral da União.

De certa forma, o tratamento dispensado pela autoridade policial aos referidos agentes públicos seria igualitário, por exemplo, diante de eventual infração ao Art. 306 da Lei nº 9.503 de 23 de Setembro de 1997, vale dizer, embriaguez ao volante, por não se tratar de crime inafiançável.

Ocorre porém, que relevante distinção não pode passar despercebida, qual seja, a de que os advogados públicos não ostentam prerrogativa de foro, de maneira que o Delegado de Polícia pode ~~lavrar o respectivo Auto de Prisão em Flagrante em desfavor de mem-~~brados da Advocacia-Geral da União, ou prosseguir em investigação que os mencione, sendo-lhe vedado fazê-lo quando se tratar de Magistrados e membros do Parquet (LC 35/79, art.33, II, LC 75/41 art. 18, II, “d” e “f” e Lei 8625/93).

Deve-se, contudo, atentar para a regra do §1º do Art. 38 da Lei 13.327/2016, de maneira que a comunicação da autoridade policial ao Advogado-Geral da União no curso de investigação policial é obrigatória:

§ 1o No curso de investigação policial, quando houver indício de prática de infração penal pelos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, a autoridade policial,

civil ou militar, comunicará imediatamente o fato ao Advogado-Geral da União.

Os membros da Advocacia-Geral da União contam também com direito expresso a prisão especial ou a sala especial de Estado Maior, com direito a privacidade, durante a prisão provisória, bem como de serem recolhidos em dependência separada em estabelecimento de cumprimento de pena após sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do Art. 38, V da na Lei 13.327/2016, com redação bem semelhante, *mutatis mutandis*, à do Art. 18 da LC nº 75 de 1993, II, “e”, bem como à do Art. 33, III da Lei Complementar 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

5.4 Outras prerrogativas

A Lei determina que aos membros das carreiras da Advocacia-Geral da União seja dispensado o mesmo tratamento protocolar reservado aos magistrados e aos demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça, conforme inc. VII.

O tratamento protocolar reservado aos membros da Advocacia-Geral da União, portanto é Vossa Excelência, tal qual o dos magistrados e demais titulares de cargos das funções essenciais à justiça. Na realidade, não seria sequer necessária tal positivação, vez que, ~~à luz da Constituição, não há hierarquia entre magistrados e integrantes das funções essenciais à justiça.~~ Não há, portanto, justificativa para tratamento diferenciado entre as carreiras jurídicas. Se a *práxis* aponta em sentido contrário, é chegado o momento de questioná-la.

Insere-se também entre as prerrogativas dos advogados públicos federais a de ser ouvido, como testemunha, em dia, hora e local previamente ajustados com o magistrado ou a autoridade competente (Inc. VI). Trata-se de redação praticamente idêntica à da Lei Complementar 75/1993, Art. 18, II, “g”.

A inspiração na legislação de outras carreiras jurídicas se repete no inciso VIII:

ter ingresso e trânsito livres, em razão de serviço, em qualquer recinto ou órgão público, sendo-lhe exigida somente a apresentação da carteira de identidade funcional;

Trata-se de redação similar à da Lei Complementar 75/1993, Art. 17, I, “c”, com a diferença de que a Lei Complementar menciona “recinto público ou privado”. A norma de regência das prerrogativas dos membros da Advocacia-Geral da União, por sua vez, delimita ingresso e trânsito livres aos recintos ou órgãos públicos.

Com a finalidade de conferir segurança e efetividade no cumprimento de suas funções constitucionais, os advogados públicos federais contam com a prerrogativa de requisição às autoridades de segurança, prevista no inciso II:

II - requisitar às autoridades de segurança auxílio para sua própria proteção e para a proteção de testemunhas, de patrimônio e de instalações federais, no exercício de suas funções, sempre que caracterizada ameaça, na forma estabelecida em portaria do Advogado-Geral da União;

Tal prerrogativa não se confunde com o poder de requisição em geral, destinado à administração pública direta e ou indireta, como na situação em que um Procurador Federal requisita cópia de um procedimento administrativo do INSS ou da ANS.

Trata-se de requisição direta às autoridades policiais, que se pode mostrar essencial no cotidiano da AGU, já que seus membros atuam em situações críticas, tais como ações envolvendo fraudes previdenciárias, recuperação de valores de agentes públicos envolvidos em corrupção, ações de reintegração de posse de imóveis da União ou de suas Autarquias e Fundações, reforma agrária, apenas para mencionar algumas das mais complexas.

Finalmente, os advogados públicos federais têm as prerrogativas de “usar as insígnias privativas do cargo” (inciso IX), destacando-se que as respectivas carteiras funcionais são reconhecidas como documentos oficiais de identidade.

6. Considerações finais

A missão institucional da Advocacia Pública é imprescindível à defesa dos entes públicos e, via de consequência, dos interesses da sociedade. Justamente pela essencialidade de sua atuação, é necessária uma reflexão sobre fatores que podem conferir ao serviço prestado o maior grau de eficiência possível, em consonância com os ditames constitucionais.

Para tanto, é razoável suprir os membros da advocacia pública federal de prerrogativas mínimas capazes de assegurar a eficiente representação judicial e extrajudicial da União.

O presente trabalho apresentou controvérsias que vinham dificultando uma atuação mais combativa e eficiente em prol do interesse público pelos membros da Advocacia-Geral da União, tais como descumprimento da regra legal da intimação pessoal, ameaças ilegais de prisão por descumprimento de decisões judiciais, entaves na percepção dos honorários advocatícios, imposição de multas aos advogados públicos pelo Tribunal de Contas da União, inconstitucional tratamento desequilibrado em relação a outras carreiras jurídicas.

A Lei 13.327 de 29 de julho de 2016 surge em um contexto de construção da advocacia pública enquanto função essencial à justiça, suprimindo lacunas e afastando divergências quanto às prerrogativas das carreiras que integram a Advocacia-Geral da União, cujos membros lutam cotidianamente em meio à estrutura institucional ainda precária, objetivando desempenhar com a necessária dignidade suas funções constitucionais.

7. Referências

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 07.out.2016.

BRASIL. Lei 13.327, de 29 de julho de 2016. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13327.htm. Acesso em 01.out.2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo. São Paulo, p. 11-30, dez. 1996.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Comentários à Constituição. In: CUNHA, Fernando Whitaker da (Coord.). Comentários à Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. in Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano XI, n. 54, p. 77-107, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coords). Nos limites da História : a construção da AGU : Livro comemorativo aos 15 anos da AGU. Brasília: Unip, 2009.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume 9, Rio de Janeiro: Forense, 1944.

AÇÃO, TIPICIDADE E ILICITUDE EM DIREITO PENAL

Tiago de Lima Santos Reid¹

RESUMO: Durante muitos anos, a doutrina penal debateu-se para encontrar um conceito adequado de ação, supondo que suas funções (classificação, delimitação e ligação) pudessem construir uma estrutura sólida para as valorações jurídico-penais subsequentes. Contudo, em posição diametralmente oposta, o presente estudo pretende redimensionar o conceito e a função da ação penal, inserindo-a como um problema de imputação ao tipo objetivo. Nesse sistema, apesar de ceder primazia ao tipo objetivo, o estudo sobre a ação penal não é simplesmente abandonado, porém realocado como um modelo de interpretação material da tipicidade. Assim, como o título deixa entrever, o artigo procura desvendar a estreita e conturbada relação entre os conceitos de “tipicidade”, “ação” e “ilicitude”. Palavras-Chave: Ação. Tipo. Ilicitude.

RESUMEN: Durante muchos años, la doctrina penal há luchado para encontrar un concepto adecuado de la acción, argumentando que sus funciones (clasificación, de límite y de unión) podrían construir un marco sólido para las valoraciones judico-penales posteriores. Sin embargo, diametralmente opuesto, este estudio pretende redimensionar el concepto y la función de la acción penal, insertandola como un problema de imputación típica. En este sistema, a pesar de dar prioridad al tipo objetivo, el estudio de la acción penal no está abandonado, pero cambia como un modelo de material interpretación de la tipicidad. Por lo tanto, como el título insinúa, este artículo trata de descubrir la difícil y estrecha relación entre los conceptos de “tipicidad”, “acción” y “antijuridicidad”. Palabras Clave: Acción. Tipicidad. Antijuridicidad.

¹Professor de Direito Penal do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Palestrante do curso de Pós-Graduação em Direito Penal da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense; Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos; Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; (tiagoreid@hotmail.com).

1. O PONTO DE PARTIDA

Classicamente, costuma-se dizer que a dúvida é o princípio da sabedoria. Embora correta, não se pode esquecer que essa filosofia apenas satisfaz quando compreendida em seu caráter metafórico: O princípio. Certamente, toda explicação possui uma boa pergunta como plano de fundo. Todavia, as perguntas não conseguem ir além do início, do ponto de partida. Posteriormente, as indagações devem ceder espaço às reflexões e ponderações, ponto de chegada das teorias.

Caminhando por essa trilha de reflexões e indagações, comecei a questionar sobre a função do injusto² para o sistema penal. Isso porque a ideia de uma “ação final”³ e de um tipo penal como *ratio cognoscendi*, concepções finalistas, majoritárias no direito penal brasileiro⁴, despertaram diversos questionamentos: Será que o legislador, em traços de bipolaridade, teria concebido como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito através de um tipo permissivo? Isto é, será que o legislador, ao elaborar o tipo penal de homicídio, pensava naquele que mata outrem em legítima defesa ou naquele que mata, por exemplo, por maldade? Até que ponto, então, seria necessário reavaliar um fato típico, logo, relevante para o sistema penal, para afirmar sua ilicitude?

²“O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal (...). O primeiro nível valor ativo tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento” ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 68.

³Abordei o sistema finalista em outro artigo, para o qual remeto os interessados: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas? Análise e crítica do sistema proposto por Hans Welzel*. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santos-reid/>, p. 14/16.

⁴Por todos: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Impetus: Niterói, v. 1, 2007, 8ª Ed, p. 145 e ss; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Saraiva: São Paulo, v. 1, 2012, 16ª Ed, p. 135 e ss; JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. Saraiva: São Paulo, v.1, 1998, 21ª Ed, p. v, nota do autor; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. Jose Bushatsky: São Paulo, 1977, 2ª Ed, p. 167.

A seguir encontra-se o ponto de chegada das minhas indagações e reflexões.

1. A IMPORTÂNCIA DA “AÇÃO” PARA O DIREITO PENAL

Quando se fala na superação dos modelos de organização das categorias analíticas do crime, o primeiro ponto a ser enfrentado é aquele referente ao conceito de ação. Isso porque, ainda que partindo de diferentes premissas, a doutrina anunciou que a organização analítica do crime deveria “*começar por comprovar a correspondência de uma ação a um tipo, para só depois eventualmente negar sua ilicitude se no caso intervier uma causa de justificação*”⁵.

Tanto foi assim que, em determinado período, a busca por um conceito adequado de ação acabou condicionando os próprios rumos e o “*desenvolvimento da metodologia jurídico-penal do século XX*”⁶.

Logo, “uma discussão da doutrina do facto punível não pode ainda hoje furtar-se por inteiro aos ecos da controvérsia, tão acesa nas últimas décadas, como se viu, à roda do conceito de acção”⁷.

1.1. AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO CONCEITO DE “AÇÃO”

Para ser idôneo e proveitoso, o conceito de ação não pode ser construído a partir de meras ideologias, mas deve ser analisado com maior densidade teórica.

Segundo a corrente majoritária⁸, exposta segundo a claríssima

⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Parte geral, tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007, p. 265.

⁶LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*. Op. cit., p. 251

⁸Não é objeto do presente trabalho tecer comentários sobre a utilidade/necessidade dos requisitos atribuídos pela literatura para qualificar um conceito como “geral de ação”. Na realidade, o propósito do presente artigo é anunciar uma nova forma de classificação ana-

sistematização de Hans Heinrich Jescheck⁹, para que se possa falar em um conceito geral de ação, válido como base autônoma da teoria do delito, deve-se conseguir enxergar a presença de três funções: Uma de sistematização (ou classificação), outra de definição (também chamada de ligação) e uma de delimitação.

A função de sistematização¹⁰ exige que o pretense conceito de ação seja capaz de abarcar todas as eventuais formas de aparição da figura típica, reunindo-as a determinado elo comum: do dolo à negligência; da comissão à omissão.

Consoante à chamada função de definição¹¹, o conceito deve complementar as valorações da tipicidade, ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade sem, porém, antecipar o significado material que anima cada uma delas. O conceito deve, por derradeiro,

lítica do crime, que, por seu método, dispensa tal discussão. Confirma-se, sobre o tema, um panorama crítico em: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed., 2010; Também nesse espírito crítico, veja-se: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed, p. 55, nota de rodapé; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a_penal.pdf. Acesso em: 05 de maio de 2015; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime*. Revista de Estudos Criminais, ano XII, n.º 54, 2014; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 259.

⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 251.

¹⁰Esses requisitos apenas foram levantados como ponto de argumentação para, posteriormente, serem rejeitados. Aliás, frise-se que tais requisitos sequer são unânimes na literatura. O conceito de classificação, por exemplo, sempre foi um entrave para a dogmática que busca conceituar a ação. Isso porque, data maxima venia, nenhum dos conceitos de ação conhecidos satisfaz plenamente essa exigência. Assim, muitas teorias acabaram retornando às ideias de Radbruch, para quem o sistema da ação deveria ser dividido conforme sua manifestação: “a ação seria, pois, dividida nos conceitos autônomos de ação e omissão, o que, por conseguinte, implicaria a idêntica duplicação de todos os demais conceitos. Eles passariam, por isso, a ser analisados sempre em uma relação de duplicidade, como predicados da ação ou predicados da omissão” (D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a_penal.pdf. Acesso em: 05 de maio de 2015, p. 25).

¹¹Como dito, esses requisitos apenas foram levantados como ponto de argumentação para, posteriormente, serem rejeitados. Com razão, Figueiredo Dias alerta que: “as exigências que, do ponto de vista metódico-funcional acima assinalado, se fazem – e devem na verdade ser feitas – ao conceito de ação parecem, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito de ação deve assumir o que Jescheck chama de

cumprir uma função de delimitação¹², permitindo que seja possível determinar, desde logo, quais comportamentos não estão inseridos na valoração criminal.

Confira-se, então, a partir desses requisitos traçados pela doutrina majoritária, uma análise crítica dos mais comentados conceitos de ação¹³.

1.2. O CONCEITO SOCIAL DE AÇÃO

O chamado conceito social de ação possui raízes que remontam a um período anterior ao próprio finalismo. Historicamente, pode-

função de classificação, parece certo que a sua conformação há-de ser imputada a um sistema pré-típico, seja ele o sistema ôntico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a 'função de definição e ligação', arrogando-se o mínimo de conteúdo material necessário para que as posteriores determinações da tipicidade, da ilicitude e da culpa e da punibilidade possam ser connexionadas com o conceito, sem que todavia este em medida alguma as antecipe e pré-determine?" DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 251/252.

¹²Visando escapar dos problemas relacionados aos conceitos de “classificação” e “ligação”, muitos autores brasileiros abdicaram de enfrentar o tema e passaram a utilizar a ação unicamente como “delimitação” da matéria proibitiva, isto é, para delimitar aquilo que “não era uma ação”. Entretanto, deve-se ter em mente que “atribuir uma função de delimitação à ação sem lhe designar um conteúdo próprio e exclusivo que lhe permita exercer essa função, resultando, ao fim e a cabo, em um esforço de autonomização, por todo o exposto, inútil, desnecessário e, no âmbito da própria tipicidade, metodologicamente inadequado” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.*, 140). Sobre esse ponto, aliás, veja-se que “não é o conceito apriorístico de acção que cumpre a função de delimitação, antes são os resultados da delimitação que se reputam correctos, as mais das vezes obtidos em função das exigências normativas dos tipos, que depois vão ser atribuídos ao conceito, ao seu conteúdo e limites”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 259). Ademais, “para se aplicar o critério da exclusão da ação, é preciso analisar a responsabilidade jurídico-penal do fato na sua inteireza, vale dizer, é preciso ingressar no âmbito da tipicidade e considerar os fatos a partir dos respectivos critérios de imputação. E se isso é assim não faz sentido algum, após a conclusão da análise jurídico-penal, retornar à fase da ação para excluí-la. Muito pelo contrário. Tal regressão é impossível. Dado o método escalonado, só há a verificação da tipicidade se houver ação. Logo, impossível chegar à tipicidade, sem o reconhecimento prévio da existência de uma ação” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.*, 138).

¹³Atento aos estreitos propósitos do artigo, não serão analisados os conceitos clássicos de ação, pois “perante esta multiplicidade de funções, que importa cumprir simultaneamente, um conceito puro causal-naturalista de acção está desde logo fora de questão e dele se pode afirmar já não ser hoje defendido por ninguém. E o mesmo se dirá, ainda com maior razão, de um conceito puramente normativo, que logo à partida revela não cumprir minimamente a função de ligação, na medida em que pré-determina de forma absoluta a tipicidade” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 252.

-se encontrar registros de sua aceitação no pensamento de Schmidt, para quem “*la acción no nos ineresa como fenómeno fisiológico desde puntos de vista de las ciências naturales, sino como fenómeno social em la ‘direción de sus efectos hacia la realidade social’*”¹⁴ ou, consoante a doutrina de Engisch, “*la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes*”¹⁵.

Entretanto, esse conceito apenas desenvolveu-se, tornando-se comentado, com o questionamento do finalismo¹⁶, graças aos estudos e aprofundamentos de Hans Heinrich Jescheck, para quem ação é toda conduta socialmente relevante¹⁷.

Buscando o sentido social das condutas, o conceito social de ação possui íntima ligação com a noção material de delito, apresentando-se, inicialmente, como uma boa alternativa à concepção puramente mecanicista ou ontológica da ação, característica dos sistemas que pretendeu substituir. Essa aproximação do *social* com o *delito material* fica ainda mais claro quando recordado que o direito “*não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor*”¹⁸, remontando, aparentemente, a um proveitoso sistema pré-jurídico.

Todavia, o que inicialmente aparece como benefício^{19/20}, acaba

¹⁴ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Thompson Reuters: España, § 8, 26, p. 244.

¹⁵ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Op. cit., § 8, 26, p. 244.

¹⁶ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Op. cit., § 8, 26, p. 244.

¹⁷ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Op. cit., § 8, 26, p. 244.

¹⁸SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. São Paulo: Direito, 2001, p. 33.

¹⁹“*Las ventajas de un concepto así saltan a la vista: se nos ofrece como elemento base, va que todas las manifestaciones de conducta delictiva se pueden caracterizar sin violencia alguna como fenómeno social, y enquanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones juridico-penales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente em cada caso que a los ‘movimientos musculares’ o a la finalidad, inexistente em las omisiones e irrelevante em los hechos imprudentes*” ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Op. cit., § 8, 27, p. 245.

²⁰Ressaltando seus méritos, Fábio D’ávila sustenta que “*as vantagens de um conceito de ação de natureza normativa, principalmente no que tange à função classificatória, são evidentes. Ação e omissão, nos limites do mundo do ser, são insuscetíveis de serem reduzidas a um conceito único, mas não o são em uma dimensão valorativa*” D’AVILA, Fábio Roberto. *A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime*. Revista de Estudos Criminais,

convertendo-se em seu maior problema. Isso porque, devassando os seus fundamentos, observa-se que o conceito social de ação não consegue cumprir a função de ligação e a função de delimitação.

A questão pode ser exemplificada pelo crime omissivo: Embora a ação social parta de um sistema extrajurídico, onde certamente a omissão possui um sentido próprio, a característica mais expressiva da omissão é justamente a violação de um dever imposto pela norma, ou seja, a omissão penalmente relevante não é a simples abstenção de um comportamento, mas é, necessariamente, não fazer aquilo que deveria ter sido feito, notadamente a expectativa de ação imposta pelo legislador através de um tipo penal mandamental. Sendo assim, para ter validade dogmática, o conceito social deveria ser complementado da seguinte maneira: A omissão socialmente relevante é aquela que se reporta a uma expectativa de ação instituída através de um tipo mandamental (norma imperativa de ação). Contudo, nessa medida, o conceito social acabaria violando a função de ligação, já que anteciparia a própria tipicidade^{21/22}.

Visto por outra perspectiva:

“Se, para ser conforme com a sua função de ligação, o conceito social de acção não deve antecipar o essencial relativamente ao tipo e aos seus critérios de imputação, então ao nível da acção geral só pode revelar como critério de imputação do resultado à conduta a doutrina

ano XII, n.º 54, 2014, p. 26.

²¹“Mas assim como ao conceito final de acção se deve opor que deixa fora da acção negligente, um dos mais relevantes elementos das posteriores determinações da tipicidade e da ilicitude (o resultado), também o conceito social de acção que aspire, como deve, a uma autonomia pré-jurídica, deixará fora da omissão o elemento que verdadeiramente ‘constitui’ o ilícito-típico do crime omissivo: a acção positiva omitida e juridicamente imposta, devida ou esperada” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, Op. cit., p. 256.

²²Caminhando por outra via de questionamentos, Roxin lembra que “apenas se lo puede delimitar del elemento valorativo del tipo, ya que la valoración social y la jurídica están en relación de tal dependencia recíproca que apenas son separables. Es cierto que el Derecho regula frecuentemente hechos sometidos a una valoración social previa, pero también es frecuente que, a la inversa, se ala valoración jurídica la que determina la valoración social” ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Op. cit., § 8, 29, p. 246.

das condições equivalentes. Uma tal doutrina porém, que visse p. ex. uma ação social no acto de geração de alguém que mais tarde vem a matar outra pessoa, seria imprestável por estranha a realidade da vida e deve, como tal, ser recusada. Constrapor-se-á que também ao nível da acção geral se devem fazer logo intervir critérios mais apertados de imputação. Todos esses critérios, porém, só podem vir do âmbito e do fim de proteção da norma incriminadora e, assim da ordenação jurídico-penal dos tipos, não de qualquer ordenação extra-jurídica, mesmo que esta seja a ordenação social”²³.

Noutro prisma, verifica-se que o conceito social de ação também acaba violando a função de delimitação. Com exceção dos pensamentos, que carecem de sentido social, “*actos de personas jurídicas, efectos de la vis absoluta, movimientos puramente reflejos u otros no controlables, sí que es socialmente relevante*”²⁴. Logo, os defensores desse conceito social se veem obrigados a lançar mão de critérios como “*voluntariedade, dominabilidad o semejantes, y a exponerse aí a las objeciones formulables contra dicho concepto, o bien a la desplazar la función delimitadora a um elemento situado al margen de lo social*”²⁵, inserindo elementos delimitadores que nada tem a ver com o critério de socialmente relevante.

Com isso, conclui-se que “*la relevância social es uma cualidad que una acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social*”²⁶. Fracassando, pois, nas funções de ligação e delimitação, o conceito social de ação não pode se apresentar como base segura para as demais predicacões jurídicas.

²³DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 256.

²⁴ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 29, p. 246.

²⁵ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 29, p. 246.

²⁶ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 31, p. 247.

1.3. O CONCEITO FINALISTA DE AÇÃO²⁷

Em relação ao conceito finalista de ação, uma dificuldade constantemente apontada reside no cumprimento da função de classificação diante da dificuldade em estabelecer o denominador comum entre o crime comissivo e o crime omissivo; entre o crime doloso e o crime culposo.

Embora não tenha negado o atuar finalista nos crimes culposos, Welzel acabou valendo-se de uma argumentação distinta daquela pensada e escrita para os crimes dolosos²⁸: Sua proposta consistiria em idealizar um “*homem inteligente e prudente na situação do autor*”²⁹ como forma de verificar a quebra do dever de cuidado.

Se de um lado a referência a um ideal termo “médio de comportamento” é um método utilizado até os dias atuais pela doutrina pós-finalista³⁰, de outro, é sensivelmente discrepante daquela explicação ontológica dos crimes dolosos, que deveria ser uma referência obrigatória^{31/32}.

²⁷Abordei o sistema finalista em outro artigo, para o qual remeto os interessados: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?* Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santos-reid>, p. 14/16.

²⁸Veja-se a diferença em: WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. *Op. cit.*, p. 31 e p. 98.

²⁹WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. *Op. cit.*, p. 98.

³⁰SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal, parte geral*. Elsevier: São Paulo, 2012, p. 196.

³¹Em sentido contrário, aduzindo que o finalismo é absolutamente coerente com a imprudência, Hirsch defende que: “*Esto se resolvió, sin embargo, cuando en los años cincuenta se reconoció, acudiendo a investigaciones anteriores de Engisch, que la acción constitutiva del objeto de la prohibición en el delito imprudente consistía en la acción voluntaria valorable como contraria al cuidado debido (p. ej., en la conducción voluntaria con una velocidad determinada). El resultado no pertenece por ello en absoluto a la acción, sino que, a diferencia del delito doloso, en el que queda comprendido por la voluntad de la acción, en la imprudencia sólo representa una consecuencia de la acción contraria a la norma a determinar de acuerdo a criterios de imputación*” HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al finalismo*. *Op. cit.*, p. 17.

³²Rebatendo a crítica sobre o fracasso no conceito de classificação, Hirsch assevera que: “*Ya fue advertido el malentendido según el cual el concepto de acción se referiría a un concepto universal de comportamiento. Como demuestran las construcciones conceptuales presentadas en esta dirección, desde el llamado concepto «social» hasta el llamado concepto «personal» de acción, su valor declarativo es mínimo. Con él, en la práctica, no se va más allá*

Da análise dos crimes omissivos também se pode observar graves problemas estruturais quando o finalismo não partiu da mesma premissa utilizada na comissão para explicá-lo.

Obviamente, em alguns casos, o controle final poderia explicar alguns problemas de imputação dos crimes omissivos, como no exemplo do agente que, controlando a causalidade, mantém-se inerte para alcançar determinado resultado. Contudo, explicações pontuais não resolvem problemas centrais, que continuam existindo nas demais situações da omissão. Ocorre que, para as demais hipóteses, muitos finalistas procuram afastar a responsabilidade penal a partir do dever jurídico de agir³³, fazendo com que a fundamentação da irresponsabilidade afaste-se daquele controle finalístico do curso causal, que também deveria ser uma referência obrigatória.

Aliás, valendo-se do nexos de causalidade para responder tal questionamento, os finalistas acabam predeterminando aquilo que deveria ser uma predicação posterior, ou seja, para explicar a irresponsabilidade no comportamento omissivo, recorrem ao nexos de causalidade, violando, nessa medida, a função de ligação que o conceito de ação deveria possuir³⁴.

de afirmar que para un comportamiento jurídico penalmente relevante no bastan los meros reflejos. Pero aun cuando fuera útil configurar un supraconcepto general, que comprendiera los aspectos comunes del actuar y el omitir, del comportamiento doloso y del imprudente, no se conseguiría más que determinar los elementos estructurales comunes del actuar consistente en un hacer, al que se dirigen mandatos y prohibiciones. En la medida en que no se diferencien ambas cuestiones, se está hablando de cosas completamente distintas” HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al finalismo*. Op. cit., p. 17.

³³CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Op. cit., p. 164.

³⁴Em defesa do finalismo posiciona-se Hirsch, para quem “*Es correcto que una acción sólo consiste en un hecho activo. Ya se dijo que el concepto de acción no debe confundirse con un concepto general de comportamiento que conduzca a una fórmula, de por sí improductiva, unificadora del mínimo común a cualquier forma de comportamiento humano. Los mandatos existentes tras los delitos omisivos tienen por objeto una acción en el sentido elaborado por el «finalismo»: precisamente la acción que debe llevar a cabo el autor, normalmente una acción de salvación. Mientras que en los delitos cometidos por vía activa el hecho consiste en una acción realizada, en los delitos omisivos consiste en su no realización. En esta medida se trata, por tanto, de una diferencia como la que media entre «a» y «no a». Los presupuestos del delito omisivo se determinan por ello de forma autónoma. Se muestra con esto que en ellos el dolo ya pertenece al tipo del injusto, ya que en la pregunta acerca de si se llevó a cabo o no la acción voluntaria, la decisión a favor o en contra de la salvación adquiere ya relevancia en la esfera del injusto”* HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al finalismo*. Op. cit., p. 18.

Assim, mesmo que não haja dúvidas que o finalismo “*abrange os crimes dolosos de ação, já terá de deixar de fora os crimes de omissão e não possui em último termo conteúdo material bastante para que uma parte dos crimes negligentes possa ser conexionado com ele*”³⁵.

Por derradeiro, verifica-se um grave problema quanto à função de definição nos tipos comissivos dolosos. A questão pode variar por dois caminhos: Mantida a identidade entre o tipo e o dolo, a ação final violaria a função de ligação, pois o dolo iria referir-se ao tipo, não abrindo espaço para qualquer complementação posterior. De outra forma, operada a separação entre dolo e tipo, bastaria que o agente “*tenha querido alguma coisa, que tenha supradeterminado finalisticamente qualquer processo causal, sem que releve para as posteriores valorações sistemáticas o conteúdo da vontade*”³⁶.

Com efeito, devassando as suas premissas, percebe-se que “*por uma ou outra forma, o conceito final de acção não pode arvorar-se em conceito geral de acção*”^{37/38}.

1.4. O CONCEITO NEGATIVO DE AÇÃO

Em tempos recentes, alguns autores passaram a sustentar um novo modelo referencial de interpretação da ação, que ficou conhecido como conceito negativo de ação³⁹, segundo qual a ação consistiria em não evitar uma lesão a determinado bem jurídico⁴⁰.

Visando delimitar a ideia de “não evitar uma lesão” e não cair

³⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 255.

³⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 254.

³⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 255.

³⁸Vale registrar que negar a qualidade de um conceito geral de ação não significa negar a eventual existência de uma finalidade no atuar humano, que pode, sim, existir em determinadas hipóteses. O principal problema reside em verificar se o conceito final de ação, tal como proposto por Hans Welzel, cumpre às exigências dogmáticas para ser considerado como um conceito geral de ação.

³⁹“*El punto de vista decisivo de todas estas teorías se denomina ‘principio de evitabilidad’, cuya primera formulación válida se encuentra en Kahrs. La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante. Com ello se refiere a que tanto el autor de una comisión y la omisión, exatamente igual ambos, no evitan ‘algo’*” ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 247, 32.

⁴⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 257.

na infrutífera e errônea equivalência dos antecedentes causais⁴¹ (já que com a ideia de evitabilidade poder-se-ia parar no conhecido episódio de Adão e Eva), os defensores dessa corrente exigem uma “*posición de garante, em el sentido de una ‘responsabilidad especial’ del autor limitada a determinados grupos de personas*”⁴²:

“Dicha cualida es reconocida de modo general em la mayoría de los delitos omisivos como presupuesto de la realización del tipo, pero según la concepción de Herzberg, y em contra de la opinión casi unánime, se da asimismo em los delitos comisivos, en cuanto que ‘em el movimiento corporal delictivo se actualiza como foco potencial de peligro’ y de esse modo se hace responsable de la evitación del resultado”⁴³.

Contudo, esse é um conceito igualmente nebuloso, porque compartilha diversos defeitos das teorias que pretendeu superar. Como frisado, os mandamentos e restrições penais são normativos, isto é, derivam de uma exigência típica, de uma posição instituída pela própria legislação. Dessa maneira, parece irrefutável rebater que a ideia de ação negativa culmina na violação ao elemento de ligação:

“En primer lugar, porque se trata de um concepto de acción que incluye el tipo y por tanto restringido al Derecho penal. Asi pues, lo que ofrece el concepto nede acción es más bien uma caracterización del actuar típico; ya el concepto de la no evitación sólo tiene sentido se si presupone um deber de evitar, que em Derecho

⁴¹Até porque, segundo Roxin, “*teóricamente se puede evitar ininterrumpidamente todo lo posible interfiriendo em cualesquiera cursos causales*” ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 247, 32.

⁴²ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 247, 32.

⁴³ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 248, 32.

penal se deriva del tipo”⁴⁴.

Por demais, nos termos lançados, a ideia de evitabilidade parece apenas abranger “*os chamados ‘crimes de resultado’, não cumprindo assim, já por aqui, a função de classificação*”⁴⁵. Diz-se isso porque o conceito de evitabilidade parece deixar entrever uma lesão naturalística ao bem jurídico, o que não é verdade, já que desnecessária nos crimes formais e impossíveis nos crimes de mera conduta. É por isso que o Professor Jorge de Figueiredo Dias sustenta que a ideia de evitabilidade possui maior afinidade “*com a doutrina da imputação objetiva e, por conseguinte, com problemas do tipo, não com a acção comotal*”⁴⁶.

Por último:

“El concepto negativo de acción apenas puede cumplir tampoco la función delimitadora. Em primer lugar, el contracontror omitivo frente a las tendencias destructivas de la propia psique comienza em la esfera exclusivamente intraanímica incluso antes de la toma de decisión, y se mueve así em el terreno de la pura cogitatio. Y además, aunque es cierto que los efectos corporales condicionados de modo puramente somático y no dominables por la voluntariedad son ‘inevitables’, también son ‘inevitables’ los cursos causales imprevisibles, que hay que excluir solamente em el tipo, los errores de prohibición excluyentes de la culpabilidad o los hechos de um enajenado, que sin embargo también son acciones para el concepto negativo de acción”⁴⁷

Portanto, pode-se sustentar que tal conceito de ação não pode

⁴⁴AROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 249, 35.

⁴⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 257.

⁴⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 257.

⁴⁷ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 250, 38.

se apresentar como um conceito geral de ação, válido como base para as ulteriores predicções.

1.5. O CONCEITO PESSOAL DE AÇÃO

Desde a derrocada do finalismo, com o reconhecimento necessidade de referenciais normativos aos dados empíricos, a teoria da ação perdeu gradativamente seu status para a teoria do delito. Essa falta de interesse teve seu estopim quando o funcionalismo passou a questionar se, na prática, poderia ser vantajoso o conceito jurídico-penal de ação para solucionar problemas concretos do Direito Penal.

A partir desses questionamentos, introduzidos na dogmática pelo próprio Roxin⁴⁸, a doutrina perdeu gradativamente o interesse em desvendar a ação penal, pois não vislumbrou sua importância para resolver reais entraves dogmáticos:

“Nas últimas décadas o conceito de ação desceu do pedestal que ocupou, durante a maior parte do século XX, nos estudos da Ciência do Direito Penal. Esta degradação do conceito de ação tem causa com o surgimento das teorias funcionalistas penais e com a consolidação de um pensamento crítico de rejeição à teoria finalista da ação”⁴⁹.

Entretanto, contrariando o questionamento que introduziu⁵⁰, Roxin não abriu mão de conceituar ação. Em sua visão, a incapa-

⁴⁸ROXIN, Claus *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. *Op. cit.*, p. 99.

⁴⁹LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

⁵⁰“*Em escrito publicado em 1962, sustentava o autor – na linha do que se tem defendido aqui – que nenhuma teoria da ação poderia constituir a base do sistema penal, acrescentando que ‘não se pode solucionar nenhum problema jurídico com conceitos que são prévios aos conteúdos de sentido jurídico’*. Após esse primeiro momento de ceticismo, todavia, o autor revê o seu

cidade de oferecer respostas satisfatórias à teoria analítica do delito não implica em negar um conceito de ação que precede ao tipo⁵¹:

“No se puede dejar sencillamente de lado la cuestión de la acción. Em efecto, incluso aunque se comience la estructura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero em tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa ‘acción’ o la ‘conducta’, a la que se atribuye la calificación de ‘típica’. Además, tiene que haber um substrato común al que se puedan vincular las valoraciones juricopenales, pues si según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, vis absoluta, etc., entonces los hechos que parecen idóneos para uma posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los convierten em ‘acciones’; y no es nada supérfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como elemento de enlace o unión)⁵².

Partindo dessa premissa e, então, procurando cumprir os requisitos do conceito geral de ação, Roxin propõe que a ação seria a

posicionamento e passa a empreender esforços em sentido diametralmente oposto, propondo uma nova teoria da ação, por ele denominada de conceito pessoal” D’AVILA, Fábio Roberto. O conceito de ação em direito penal, op. cit., 158.

⁵¹“Las graves objeciones que se pueden formular contra todos los conceptos de acción desarrollados hasta hoy han dado lugar a que de modo creciente se saque la resignada conclusión de que hay que abandonar la idea de um concepto de acción pretípico y com validez general, y que em su lugar, como ya tenía em mente Radbruch, hay que erigir la tipicidade em concepto fundamental del sistema del Derecho Penal. Según esta opinión, em el marco del tipo también se puede satisfacer la necesidad de excluir de antemano ciertos fenómenos como objeto de valoración juricopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden deducir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos em torno al mismo; pues realmente, injusto y culpabilidade son com mucho las categorías dogmáticas más importantes. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

⁵²ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

manifestação da personalidade, ou seja, aquilo que se pode atribuir a um ser humano “*como centro de acção anímico-espiritual*”⁵³:

“Um concepto de acción ajustado a su función se produce se si entende la acción como ‘manifestación de la prsonalidad’, lo que significa lo siguiente: Em primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta em caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal del hombre, o ‘del ámbito material, vital y animal de ser’, sin estar sometidos al control del ‘yo’, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano”⁵⁴.

Nesse conceito, dois elementos sobressaem: A voluntariedade e a expressão do pensamento. Não há ação sem a presença de algum desses elementos: “*por exemplo, o indivíduo que tem vontade de assassinar o prefeito de sua cidade e não a externaliza, não pratica qualquer ação, do mesmo modo que a pessoa que, em um surto convulsivo, quebra os copos de vidro de uma loja*”⁵⁵.

Defendendo o cumprimento das funções, Roxin entende que:

“Em primer lugar, el concepto de acción como manifestación de la personalidd es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo que em campo prejuridico tiene sentido calificar como ‘acciones’. La acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones. E incluso la omisión por imprudencia inconsciente es una ma-

⁵³ROXIN, Claus Apud DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais Op. cit., p. 257.

⁵⁴ROXIN, Claus. Derecho Penal. Op. cit., § 8, 42, p. 252.

⁵⁵LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?. Op. cit.

nifestación de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contrária a la prohibición, como obra suya”⁵⁶.

Como elemento de união, aduz que:

“La manifestación da personalidad, que enlaza com la forma prejuridica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de um modo naturalista (como ‘el movimiento muscular’) o normativista (‘como la no evitación evitable’), y que simultaneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para uma primera y previa valoración jurídica. Dicho concepto designa el ‘substantivo’ al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuizadas por ello, todas las demais valoraciones juridicopenales. Describir um delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exatamente a la situación real.”⁵⁷

Por fim, como delimitação, defende que:

“La planificación delictiva, situada todavia em la fase de las ideas, em el caso concreto se puede explorar com métodos psicológicos, pero desde luego cae de antemão fuera del campo del Derecho penal; pues aunque es cierto que em el pensamiento vive la personalidad de su criador, sin embargo falta la ‘manifestación’⁵⁸

Conclui, então, que:

“El concepto personal de acción aqui desarrollado es

⁵⁶ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 54, p. 258.

⁵⁷ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 54, p. 258.

⁵⁸ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 57, p. 260.

um concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo em la medida em que em los terrenos fronterizos atiende a uma decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge em su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente pisible y escapaz de considerar em todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.⁵⁹

Por se tratar de um conceito genérico, a teoria pessoal de Claus Roxin parece escapar dos problemas atribuídos aos outros conceitos de ação. Porém, sua proposta não permanece isenta:

“Cabe perguntar se definir ação como exteriorização da personalidade é, realmente, oferecer uma base para identificar o que é ação do que não é, ou significa somente utilizar uma expressão sinônima e, por conseguinte, levar a cabo um mero jogo de palavras. Dado que os preceitos de exteriorização ou manifestação da personalidade não são menos problemáticos que ação, de me inclino, em princípio, pelo segundo (...) o funcionalismo teleológico é moderado porque não acaba de ser funcionalismo”⁶⁰.

Fora o mencionado jogo de palavras, acredita-se que o “*comportamento só pode muitas vezes constituir-se como expressão da personalidade na base de uma sua previa valoração como jurídicamente relevante, também aqui se antecipando, nesta parte, a sua tipicidade*”

⁵⁹ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 67, p. 265.

⁶⁰VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *Apud* BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal & ação significativa. Op. cit.*, p. 141.

de”⁶¹.

Aliás, os problemas relacionados à base da exteriorização da personalidade ficam ainda mais evidentes quando notado que expressão da personalidade não remete a qualquer sistema pré-jurídico ou pré-típico e, por isso, “*não tem aptidão para se constituir em *genus proximus de todo o sistema jurídico do facto punível*”⁶²:*

“A menos, é claro, que se diga que uma tal caracterização actua pura e simplesmente dentro do sistema social da acção (equivalendo nomeadamente ao critério da evitabilidade); caso em que, porém, as críticas de que a concepção pessoal da acção é passível são precisamente aquelas mesmas que podem validamente ser dirigidas ao conceito social de acção”⁶³.

Por demais:

“Já à partida, percebe-se uma problemática dependência, senão mesmo identidade, entre as noções de personalidade e evitabilidade/controlabilidade: para que uma determinada manifestação humana possa ser considerada manifestação da personalidade, é preciso ser, ao menos, dominável pela vontade e pela consciência. Esse recurso, presente também na teoria social, sujeita-se às mesmas críticas lá formuladas. Dominabilidade e controlabilidade não são propriamente elementos ontológicos, mas sim critérios de imputação”⁶⁴.

Outra crítica se dirige à função de delimitação:

⁶¹DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.

⁶²DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.

⁶³DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.

⁶⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.

“Não é o conceito apriorístico de acção que cumpre a função de delimitação, antes são os resultados da delimitação que se reputam correctos, as mais das vezes obtidos em função das exigências normativas dos tipos, que depois vão ser atribuídos ao conceito, ao seu conteúdo e limites. Que vg., acontecimentos naturais, comportamentos de animais, puros actos praticados sob vis compulsiva, meras cogitações possam não ser considerados expressões da personalidade, eis o que pode aceitar-se. Se bem não deva omitir-se que concepções pessoais, modos de ser, de pensar e de agir constituem lídimas expressões da personalidade sem que todavia tenham de traduzir-se em acções penalmente relevantes; a menos, uma vez mais, que se ponha como condição prévia indispensável que elas exprimam comportamentos socialmente relevantes. Como se não compreende porque não possam ações jurídico-penalmente relevantes, sob certas condições – comportamentos de entes colectivos, actos reflexos ou automáticos -, ser consideradas expressões da personalidade: se o são ou não é coisa que em definitivo deverá depender das exigências típicas e não de qualquer conceito geral de acção?”⁶⁵

Sobre o ponto de delimitação, aliás, nota-se que a ideia de um conceito pessoal de ação parece contraditória com a própria metodologia do funcionalismo teleológico⁶⁶. Ocorre que, aparentemente ignorando seu fundamento normativo, o conceito acaba excluindo

⁶⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 259.

⁶⁶O ponto central no funcionalismo de Roxin consiste em identificar a valoração político-criminal que subjaz a cada conceito da teoria do delito e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função. Porém, frise-se que a política criminal é apenas o primeiro passo para análise do sistema. Isso porque Roxin continua, sim, sustentando a ampla introdução de dados empíricos em seu sistema. A peculiaridade incide quando dados empíricos não vinculam ao legislador ou sequer possuem, de pronto, solução para problemas jurídicos. Esses dados necessitariam de um referencial normativo, pois, somente assim, poderiam desempenhar uma função adequada no sistema.

a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, que, mesmo diante de controvérsias, poderia ser considerada um legítimo interesse político-criminal⁶⁷.

1.6. OS HORIZONTES DA AÇÃO

Diante dos problemas relacionados aos requisitos do conceito de ação⁶⁸, bem como da sua incerta capacidade de solucionar problemas dogmáticos práticos, a doutrina começou a procurar alternativas:

“O atendimento a todas essas exigências, de modo a justificar a função básica estrutural aspirada pelo conceito unitário de ação, tem-se revelado, entretanto, demasiadamente problemático. As tentativas levadas a cabo por inúmera elaborações, revelam falhas, embora não coincidentes, em pontos substancialmente diversos e de difícil correção. Essas falhas, já há algum tempo, vêm sendo objeto de crítica não só pela literatura especializada, como por inúmeros manuais de direito penal, e, nesta medida, também elemento propulsor de teorias alternativas”⁶⁹

⁶⁷Não se pretende aqui discutir essa tendência, mas parece-nos que “há muitas razões para se opor a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas o conceito de ação não é uma delas” (D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, op. cit., 159).

⁶⁸Confira-se, em tom cético, a seguinte afirmação de Figueiredo Dias, questionando os benefícios de um conceito de ação: “As exigências que, do ponto de vista metódico-funcional acima assinalado, se fazem – e devem na verdade ser feitas – ao conceito de ação parecem, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito de ação deve assumir o que Jescheck chama de função de classificação, parece certo que a sua conformação há-de ser imputada a um sistema pré-típico, seja ele o sistema ôntico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a ‘função de definição e ligação’, arrogando-se o mínimo de conteúdo material necessário para que as posteriores determinações da tipicidade, da ilicitude e da culpa e da punibilidade possam ser conexas com o conceito, sem que todavia este em medida alguma as antecipe e pré-determine?” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, op. cit., p. 251/252.

⁶⁹D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, op. cit., p. 138.

De forma geral, três foram os caminhos trilhados pela doutrina que buscou redimensionar o conceito de ação no sistema: o primeiro, negando a importância ao conceito de ação⁷⁰; o segundo, preservando tão somente a função de delimitação⁷¹; o terceiro, desposando-o como o primeiro nível da referência analítica⁷².

Em que pese à controvérsia, acredita-se que apenas este último caminho parece ser o mais recomendado para um desenvolvimento saudável e proveitoso da construção analítica do delito⁷³.

⁷⁰“As graves objeções contra todas as concepções de ação, em especial aos conceitos ontológicos, que serviram de base ao desenvolvimento de todo um sistema jurídico-penal levaram a doutrina a um crescente desencanto com o tema. A evidente incapacidade de rendimento prático do conceito de ação não se limitou a reduzir suas funções. Muitos autores passaram a considerar que o estudo jurídico-penal poderia prescindir do conceito de ação” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. Op. cit., p. 112.

⁷¹“Assinalar ao conceito o desempenho de um papel secundário no sistema teleológico, essencialmente corresponde, uma vez mais se diz, à função de delimitação ou função ‘negativa’ de excluir da tipicidade comportamentos jurídico-penalmente irrelevantes” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, Op. cit., p. 261. Também nesse sentido: HASSEMER, Winfried Apud BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. Op. cit., p. 100. Conforme crítica já formulada, “atribuir uma função de delimitação à ação sem lhe designar um conteúdo próprio e exclusivo que lhe permita exercer essa função, ‘resultando, ao fim e a cabo, em um esforço de autonomização, por todo o exposto, inútil, desnecessário e, no âmbito da própria tipicidade, metodologicamente inadequado” (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, op. cit., 140).

⁷²“Las graves objeciones que se pueden formular contra todos los conceptos de acción desarrollados hasta hoy han dado lugar a que de modo creciente se saque la resignada conclusión de que hay que abandonar la idea de un concepto de acción pretípico y con validez general, y que en su lugar, como ya tenía en mente Radbruch, hay que erigir la tipicidad en concepto fundamental del sistema del Derecho Penal. Según esta opinión, em el marco del tipo también se puede satisfacer la necesidad de excluir de antemano ciertos fenómenos como objeto de valoración jurídicopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden deducir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos em torno al mismo; pues realmente, injusto y culpabilidad son con mucho las categorías dogmáticas más importantes” ROXIN, Claus. *Derecho penal*, Op. cit., p. 251, § 8, 40. Roxin, contudo, rejeita essa posição, alertando que “aunque se comience la estructura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero em tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa ‘acción’ o la ‘conducta’, a la que se atribuye la calificación de ‘típica’” ROXIN, Claus. *Derecho penal*, Op. cit., p. 251, § 8. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*. Op. cit., p. 261.

⁷³Atento aos estritos limites do trabalho, não será possível realizar uma digressão sobre cada tendência de cada autor. Confira-se, sobre o tema, as referências bibliográficas lançadas na nota de rodapé n.º 9.

1.7. A AÇÃO COMO UM PROBLEMA DE IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO

Durante muitos anos, a doutrina debateu-se para encontrar um conceito adequado de ação, supondo que as funções pudessem construir uma estrutura sólida para as demais valorações jurídicas.

No entanto, em posição diametralmente oposta, pretende-se redimensionar a ação, despojando-a do primeiro nível de referência analítica, para inseri-la como um problema de imputação ao tipo objetivo.

Para provar o que se pretende dizer, pergunta-se: Que proveito haveria em devassar a essência do comportamento humano, sem que esta conclusão possua um tipo objetivo como referência? Isto é, de que adiantaria qualificar um comportamento humano como “ação” ou “não ação” (final, social, negativa ou pessoal), se esta conclusão não se voltar a um modelo penal?

Nenhuma, responde-se.

Ora, quando o legislador recortou, selecionou e descreveu uma realidade social em um tipo penal, além da materialização do princípio da legalidade, estava, desde já, declarando quais comportamentos possuíam relevância penal, sendo inócua qualificar como “ação” ou “não ação” um comportamento claramente atípico como, por exemplo, cumprimentar o vizinho ou levar o cachorro para passear.

Com efeito, parece irrefutável afirmar que a única ação que realmente interessa ao direito penal é aquela selecionada e descrita pelo legislador no tipo penal.

Essas reflexões demonstram que o conceito de ação não possui suficiência argumentativa em si, ou seja, sozinha, não diz nada ao direito penal, mas, antes, seus contornos identificam-se e convergem com o problema em que está envolto toda a doutrina do fato punível: Limites e regras de imputação ao modelo típico.

Embora dela extraia outras consequências, sobre o tema, Gün-

ther Jakobs esclarece que:

“Nos últimos vinte anos discutiu-se apenas sobre o conceito de ação; chegou-se a um acordo em posições mais ou menos causalistas ou finalistas. A discussão que se desenvolveu ultimamente no âmbito da teoria geral do injusto se refere à assim chamada de teoria da imputação objetiva, isto é, aquela teoria que já no tipo objetivo diferencia entre a relação causal e a relação de imputação em um sentido mais estrito. Pois bem, segundo os representantes dessa teoria, a imputação objetiva é algo comum a toda classe de injusto. Apareceu, então, além do conceito de ação, um novo segmento da teoria geral do injusto? Saliento que isso não é assim, sendo que se trata de um só problema, isto é, que a teoria da relação específica de imputação objetiva pontualiza o conceito de ação. A normatização que supõe a teoria da imputação objetiva não tem por objeto algo que esteja à margem da ação, e sim que se refere a própria ação”⁷⁴.

Partindo da premissa de que a ação é mesmo um problema de subsunção ao tipo objetivo, seus contornos não devem ser buscados com a sobrecarga ao tipo subjetivo, como pretenderam finalistas⁷⁵, tampouco com conceitos pré-jurídicos de ação, mas com revistos conceitos normativos de alcance da tipicidade incriminadora, através da teoria da imputação objetiva⁷⁶. Afinal:

⁷⁴JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed, p. 54.

⁷⁵“Uma recusa, em princípio, à imputação objetiva encontra-se hoje somente entre o muito reduzido círculo dos finalistas, os quais não desejam levar a cabo a exposta mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo, e sim manter a dominância do lado subjetivo do tipo, favorecido pela teoria finalista da ação” ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. *Op. cit.*, p. 126.

⁷⁶O próprio Roxin reconhece que: “a imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica, abstraindo de suas variadas manifestações óticas” (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*.

“É o bem jurídico o fundamento desde o qual é possível determinar que ações podem ser atribuídas a um tipo legal determinado e quais ficam sem consideração para o Direito Penal, em outras palavras, a ação por si só não diz absolutamente nada para o Direito penal, é o bem jurídico o que permite que uma determinada ação apareça como relevante para o Direito Penal”⁷⁷.

Assim, o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva poderia lograr, com maior segurança e fidelidade ao sistema de proteção do bem jurídico, a correta delimitação e a precisa fronteira entre o permitido e o proibido; no caso, entre uma “ação” ou uma “ausência de conduta”⁷⁸:

“A teoria da imputação objetiva do comportamento aporta o material com cuja ajuda se pode interpretar o resultado posto em marcha por uma pessoa com um acontecer socialmente relevante ou irrelevante, como um acontecer estranho ou adaptado, como que, socialmente, se considerou mérito ou, especialmente, como que se destaca de modo negativo o resultado. Sem este material de interpretação, o resultado não é mais do que um conglomerado naturalista, na melhor das hipóteses, algo que o indivíduo perseguia, curso causal, ou um curso causal psiquicamente sobredeterminado; em todo caso, não é mais do que um amálgama heterogêneo de dados que não adquiriram significado social algum. Só a imputação objetiva converte esse referido amálgama em algo comunicativamente relevante, em algo compreensível. Com outras palavras: Só aquilo que é objetivamente imputável pode denominar-se num

Op. cit., p. 79).

⁷⁷BUSTOS RAMIREZ, Juan Apud BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. *Op. cit.*, p. 116.

⁷⁸Partindo dessa premissa, vê-se que os resultados obtidos com os “requisitos de delimitação” não passam de critérios de “imputação indevidamente antecipados”, que resultam, “não raramente, confusas, contraditórias e, em termos metodológicos, impossíveis conclusões” (D’ÁVILA, Fábio Roberto. O conceito de ação em direito penal, *op. cit.*, p. 145).

sentido geral ação.⁷⁹

Abandonando, pois, a histórica primazia da ação como categoria autônoma, encontrar-se “tipos de ilícito”, onde o legislador, cumprindo seu desiderato, já selecionou as ações tipicamente relevantes sobre as quais devem incidir as predicções jurídicas. Nesse sistema:

“O conceito de ação, redimensionado em sua importância, continua a cumprir um papel fundamental da teoria geral do crime. Torna-se elemento constitutivo do fato típico e passa a exercer, em essência, a função de referente comportamental para fins de imputação, abandonando as funções de união, classificação e, inclusive, a função de delimitação”⁸⁰.

Como acertadamente frisado, perde o sentido discutir os antigos conceitos de classificação, de ligação e delimitação, pois a matéria é classificada pelo próprio legislador, contornada e delimitada pelas exigências normativas da teoria da imputação objetiva, alinhando a proibição ao bem jurídico.

1.8. POSSÍVEIS CRÍTICAS

A crítica geralmente atribuída reside na suposta falta de capacidade crítica do direito penal em relação à “ação tipificada”, pois “ação” e “tipo” confundir-se-iam como “seleção” e “forma de aparição”, fazendo a pergunta do “por que essa ação” sempre voltar-se ao tipo e vice-versa. Isto é: ação seria aquilo que o legislador assim qualificou e ponto final⁸¹.

⁷⁹JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed, p. 54

⁸⁰DÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal*, *op. cit.*, p. 136.

⁸¹A propósito, suspeita-se que, por receio de que a funcionalização da ação pudesse conduzir a uma migração absoluta para a norma, Roxin venha buscar uma alternativa a normatização completa do conceito de ação.

Em última análise, muitos críticos aproximam essa posição ao funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, asseverando que não seria possível criticar ou limitar o direito penal como reclama o Estado Democrático de Direito⁸².

Nesse sentido caminha Roxin:

“No se puede dejar sencillamente de lado la cuestión de la acción. Em efecto, incluso aunque se comience la estrutura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero em tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa ‘acción’ o la ‘conducta,’ a la que se atribuye la calificación de ‘típica.’ Además, tiene que haber um substrato común al que se puedan vincular las valoraciones jurisdiccionales, pues si según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, vis absoluta, etc., entonces los hechos que parecen idóneos para uma posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los convierten em ‘acciones’; y no es nada supérfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como elemento de enlace o unión)⁸³.”

Certamente, toda normatização de conceitos traz consigo inúmeros riscos. Todavía, nem mesmo o finalismo com seu sistema ontológico-fenomenológico logrou construir um sistema imaculado; ao revés⁸⁴. Ora, se os preceitos dogmáticos tivessem como única

⁸²Nesse sentido: “*se todos os juízos dogmáticos tivessem como fonte a respectiva codificação vigente, com frequência não haveria base científica alguma para criticar um preceito vigente por sua contrariedade ao científico e exigir sua modificação*” HIRSCH, Hans Joachim *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa*. *Op. cit.*, p. 117.

⁸³ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. *Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

⁸⁴“*Se neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo,*

fonte de referência o direito posto, de fato, a norma acabaria selecionando um comportamento sem controle, facilitando políticas criminais do “inimigo”.

Entretanto, a crítica ignora que esse resultado apenas frutificaria com o rompimento de uma teoria crítica do bem jurídico, logo, limitadora da intervenção estatal⁸⁵.

A teoria crítica do bem jurídico é o ponto nevrálgico entre funcionalizar um conceito e exigir legitimação da norma penal, reputado com o essencial no funcionalismo ora apresentado. Assim, se na base do sistema for estabelecido um discurso racional e crítico, a intervenção penal seria legítima, não havendo qualquer incompatibilidade com os postulados do Estado Democrático de Direito.

2. TOMADA DE POSIÇÃO: A AÇÃO COMO REFERENCIAL MATERIAL DE INTERPRETAÇÃO TÍPICA

2.1. A QUESTÃO DA ILICITUDE

Durante muitos anos, a doutrina esforçou-se para desvendar a estreita e conturbada relação entre a matéria típica sua ligação com o âmbito de proibição. Entretanto, ainda hoje, a literatura produzida e reproduzida pela chamada doutrina majoritária não foi capaz de desvendar e delimitar a correta relação entre tais valorações.

Ainda que com fundamentações distintas, significativa parcela da doutrina insiste em separar a tipicidade da ilicitude como elementos distintos, sustentando, em breve resumo, que o tipo e a ili-

acabou o finalismo voltando à falácia naturalista, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico. E certos finalistas foram tão longe em seu culto às estruturas lógico-reais que, sob o argumento de que “o direito só pode proibir ações finalistas” baniram o resultado do ilícito, declarando a tentativa inidônea ou crime impossível o protótipo do delito, que merecia a mesma pena da consumação” GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Disponível em: <http://www.grupos.com.br/group/.../Messages.html?action=download>. Acesso em: 18 de abril de 2015, p. 6.

⁸⁵Sobre o tema, confira-se excelente abordagem em: ROXIN, Claus. *Derecho penal, Op. cit.*, § 2, 1, p. 51 e seguintes.

cidade teriam objetivos⁸⁶ ou significações⁸⁷ distintas. Ora, aceita a premissa de que o tipo possui função de prevenção geral negativa, enquanto a ilicitude possui uma significação concreta de conflito de interesses, forçosamente dever-se-ia concluir que o tipo penal de homicídio procura motivar as pessoas a não matar em legítima defesa⁸⁸, posição absolutamente insustentável.

Contrariando o pensamento majoritário, pretende-se demonstrar com esses questionamentos que a separação entre a tipicidade e a ilicitude não é acertada nem mesmo em uma análise analítica. Além de gosto por sistemas, tal divisão parece ignorar o sentido empreendido pelo ser humano quando atua no mundo⁸⁹ e, por conseguinte, a forma como esse comportamento é percebido e descrito nos modelos legais.

⁸⁶Para Hans Welzel, a tipicidade seria um elemento puramente conceitual, “*a descrição concreta da norma proibida*”⁸⁶, enquanto a ilicitude seria a contradição da realização de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto. “*Dado que o ordenamento jurídico quer criar, com suas normas e preceitos permissivos, uma ordem valorosa da vida social, a realização antijurídica do tipo é uma conduta que menospreza essa ordem valorosa. Por isso se diz, frequentemente, que a antijuridicidade é um juízo de desvalor da conduta típica. É preciso ter em conta, todavia, o caráter metafórico dessa expressão. O sujeito desse juízo de desvalor não é um indivíduo (ou sequer o juiz), mas o ordenamento jurídico como tal*” (WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. Op. cit., p. 63). Logo, “*quando concorre alguma causa de justificação, a realização do tipo não é antijurídica. As causas de justificação não excluem, por conseguinte, a tipicidade e uma conduta, mas tão somente sua antijuridicidade*” WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal*. Op. cit., p. 77.

⁸⁷“*Os tipos servem realmente para a realização do princípio nullum crimen e dele deve derivar a estrutura dogmática. A antijuridicidade, pelo contrário, é o setor de soluções sociais do conflito, o campo em que se chocam os interesses individuais opostos aos das exigências sociais, com as necessidades do indivíduo*” ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Op. cit., p. 30. Mantendo-se nessa linha, Roxin, confirma que “*hay razones a favor de mantener el tipo, en el sentido del typtus delictivo, como una categoría autónoma frente a la antijuridicidade*” ROXIN, § 10, n.º 19, p. 286.

⁸⁸Crítica formulada por: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, Op. cit., p. 268.

⁸⁹Redimensionar o conceito de ação significa superar a ideia de uma tipicidade puramente descritiva, com função meramente preventiva, bem como a incompreensível noção de um tipo indiciário ou um tipo total, para um modelo interpretativo, composto de sentido e valor. Isso porque “*não é a natureza que ensina o que é ação, como pretendia a escola de V. Liszt com sua separação do físico e do psíquico, e o conceito de ação tampouco pode se extrair da ontologia, como normalmente se sustenta que Welzel pretendeu demonstrar com seu ponto de partida desde a finalidade do atuar humano, sendo que no âmbito do conceito de ação o decisivo é interpretar a realidade social, torna-la compreensível na medida em que está relacionada com o direito penal*” (JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Op. cit., p. 56/57).

2.2. INTRODUZINDO O PROBLEMA: QUESTIONAMENTOS DE AULA

Durante o desenrolar de uma aula sobre a teoria geral do crime, perguntei aos alunos: “Como sabem, o artigo 121 do Código Penal destina uma pena de seis a vinte anos a quem “matar alguém”. Contudo, pergunto, a quem se dirige esse comando? Isto é, quando o legislador elaborou o tipo de homicídio, pensava naquele que mata por pura maldade ou em alguém que mata para se defender?”

De forma uníssona, responderam: “Pensava em quem mata por maldade, porque isso é ilícito!”

Imediatamente, repliquei: “Por que, então, quando uma pessoa mata outrem em legítima defesa, a doutrina majoritária realiza adequação típica no art. 121, do Código Penal, que vocês acabaram de falar que não se destina a essa hipótese, para somente após declarar sua licitude?”

Concluí: “Afim, será que o legislador teria concebido como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito através de um tipo permissivo? Até que ponto, então, seria necessário reavaliar um comportamento que se amolda a um modelo penal, logo, relevante para o sistema penal, para afirmar sua afronta ao ordenamento jurídico?”

2.3. RESPOSTA: A (I) LICITUDE TIPIFICADA

Certamente, ao descrever um comportamento, o legislador não positiva um modelo teórico, mas parte do mundo concreto, de um fato reiterado das interações humanas sociais, conferindo a essa demanda social uma solução penal. Afinal, “*o direito penal não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor*”⁹⁰:

⁹⁰SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 33.

“No momento da criação da regra jurídica, o legislador ao formular o modelo jurídico abstrato não paira nas alturas de uma construção meramente teórica, mas parte de dados de realidade, de um fato reiterado, de uma situação conflituosa real sobre a qual cabe impor uma solução justa. Assim, o legislador perscruta essa realidade relevante repetidamente ocorrida para definir quais os seus elementos básicos característicos. Desse modo, reproduzindo uma expressão de Engisch, o legislador caminha do real ao real por via do abstrato, ou seja, colhe da realidade os dados com que constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no fato concreto dos dados elementares invariáveis descritos na norma. Com a fixação do invariável elementar tem-se o perfil do objeto, a conformidade por trás da diversidade, de modo a se construir um modelo pelos traços fundamentais de um comportamento, cabendo ao observador estabelecer as regularidades existentes em uma ordem uniforme. A norma nasce a partir dos conflitos que surgem e estão a exigir uma solução pacífica, fruto da avaliação do legislador sobre qual das forças valorativas presentes é a mais justa a orientar a imperativa determinação do considerado justo. No campo das normas penais o legislador constrói modelos jurídicos a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa ou de um valor que, nas circunstâncias, é considerado superior ao valor lesado. A estrutura normativa não brota de elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria da tarefa de, a partir do real, do concreto, formular um

paradigma, um modelo de ações previsíveis. No dizer de Mackinney, “o tipo constituído é uma simplificação do concreto”⁹¹.

Sendo assim, os comportamentos sociais não são percebidos pelo legislador como meros “fazer” ou “não fazer”, mas portam certa finalidade e determinam uma comunicação social.

Através de técnicas legislativas e de uma tomada de valor⁹², o legislador consegue identificar no meio da sociedade duas grandes espécies de comportamentos humanos: um ilícito, que precisa ser inibido, e outro lícito, estimulado.

A partir de então, em respeito ao princípio da legalidade, o legislador comunica-se com a sociedade através de modelos penais, sempre atento aos valores e desvalores sociais que fundamentaram a criação do modelo legal.

Dessa maneira, o ponto nodal da teoria do crime consiste em compreender analiticamente a seguinte tensão: Compreender o sentido e alcance das condutas descritas na lei, extraídas pelo legislador do seio social; e interpretar a real conduta humana de quem atua, para adequá-la ao correspondente tipo.

2.3.1. OS TIPOS PENAIIS INCRIMINADORES

Valendo-se de juízo de valor sociológico, no momento da sua formação, o tipo penal incriminador inegavelmente traduz um desvalor, um comportamento pernicioso que embaraça a ordem social. Do contrário, seria ininteligível pensar que o legislador fosse capaz de descrever um comportamento humano como típico, cominando

⁹¹REALE JUNIOR, Miguel. *A culpabilidade e o drama do Lord Jim*. Disponível em: www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_05_04341_04367.pdf. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

⁹²“*Não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores.* REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva: São Paulo, 25ª Ed., 2001, p. 24.

uma sanção penal, se este não carregasse consigo ilicitude ou que fosse autorizado por lei.

Assim, sem receio, afirma-se categoricamente: toda tipicidade incriminadora reclama a existência da ilicitude como seu fundamento de existência⁹³.

Logicamente, parece incompreensível separar analiticamente a tipicidade incriminadora da ilicitude, pois, definitivamente, a tipicidade incriminadora é a forma de manifestação (comunicação social) da ilicitude em matéria penal.

Sendo, pois, a tipicidade incriminadora naturalmente ilícita (por essência), para se adequar a esse comando abstrato, a concreta vontade consciente humana (dolo) deve ser dirigida ao menosprezo do bem jurídico, conforme o modelo de comportamento selecionado pelo legislador. Afinal, ao contrário do que imaginou Welzel, a vontade consciente não é dirigida a pura consecução do verbo típico, senão representa a busca por determinado valor social.

Dito positivamente: quando alguém infringe um preceito penal incriminador, não pretende simplesmente realizar o verbo típico, mas procura aquilo que a conduta representa (deseja, por exemplo, a eliminar a vida por maldade; subtrair certo patrimônio por ganância; ao invés de simplesmente “matar” ou “subtrair”).

Tome-se como exemplo um homicídio: quando alguém atua com o desiderato de eliminar a vida de outrem por crueldade, pratica consciente e voluntariamente o verbo típico “matar”. Todavia, muito além do verbo, o homicida deseja aquilo que essa conduta representa: deseja negar arbitrariamente a vida humana.

Observe-se, então, que negar arbitrariamente a vida humana foi justamente o elemento social que levou o legislador a positivar o artigo 121 do Código Penal.

Portanto, *“a tipicidade dessa conduta revela, por si só, a sua ilici-*

⁹³Vale frisar que essa ilicitude não é elemento do tipo incriminador, como pretendeu a teoria dos elementos negativos, ou sequer está em estado indiciário, como pensou Hans Welzel. A ilicitude é a qualidade do tipo, seu fundamento de existência a partir do sistema de seleção e proteção de bens jurídicos.

tude, pois constitui um fato contrário ao direito, praticado de acordo com o modelo legal elaborado pelo legislador, a partir dos desvalores sociais”⁹⁴.

3.3.2 OS TIPOS PERMISSIVOS (OU TIPOS DE JUSTO)

Certamente, o sistema criminal não exaure nas previsões incriminadoras, mas também atua de forma positiva ou permissiva. A elaboração de um tipo penal permissivo também é um reflexo social, através do qual o legislador declara a inexigibilidade de outro comportamento⁹⁵ diante de uma situação de perigo, legitimando determinado comportamento lesivo, desde que atendidos os requisitos legais.

Em outras palavras, os tipos permissivos revelam hipóteses em que o legislador deixou transparente a ausência de ilicitude, porque não praticados em função de um desvalor social.

Ocorrendo, então, a incidência dos tipos penais permissivos, inexistirá adequação típica a um preceito incriminador, tendo em vista que o comportamento lícito não encontrará subsunção a um tipo incriminador por manifesta ausência de ilicitude.

Conforme já destacado, a tipicidade delitiva carrega consigo a ilicitude como elemento material, fundamento de existência; tanto é assim que foi selecionada pelo legislador e dotada de um preceito secundário de punição. Como, então, nas hipóteses permissivas não existe ilicitude, essa conduta deverá adequar-se em um tipo permissivo (ou tipo de justo), como uma conduta dirigida à preservação de um bem jurídico.

A questão pode ser exemplificada com a legítima defesa: quan-

⁹⁴SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 80.

⁹⁵Veja-se sobre esse ponto: VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal, o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993. Seguindo os ensinamentos de Bettiol, tive a oportunidade de defender que a inexigibilidade de outra conduta é o elemento material que atua por trás dos tipos permissivos e das hipóteses dirimentes: REID, Tiago de Lima Santos. *Inexigibilidade de conduta diversa: Planos de referência e aplicação extralegal*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano X, n.º 11, p. 357.

do o legislador penal selecionou e positivou o tipo penal de homicídio doloso, pensava somente em comportamento ilícitos. Do contrário, seria imperioso concluir que o legislador, de forma bipolar, previu como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito. Como no exemplo narrado o agente não atuou com intenção de menosprezar o bem protegido pela lei, mas atuou para preservar a vida, não houve adequação típica ao art. 121 do Código Penal por ausência de ilicitude, mas direta e exclusiva adequação ao art. 25 do Código Penal (tipo de justo).

3.3.3 SÍNTESE

Com tais fundamentos, a presente proposta afasta-se dois equívocos: Primeiro do finalismo, que estabelece uma tipicidade neutra, anêmica e sem sentido teleológico, submetendo a ela comportamentos diametralmente opostos como o lícito e o ilícito⁹⁶.

Em segundo lugar, rebatendo as críticas de Welzel quanto aos defeitos decorrentes da fusão entre o tipo e a ilicitude⁹⁷, observe-se que a legítima defesa não estaria nivelada ao mesmo plano de um fato atípico como, por exemplo, a morte de um mosquito, porque a morte de um mosquito não estaria sujeito à valoração jurídica por falta referência a um tipo objetivo, conforme teoria da imputação objetiva, enquanto a legítima defesa estaria prevista em um tipo penal de justo, não havendo que se falar em mesma significação jurídica⁹⁸.

⁹⁶“O querer matar, com menosprezo ao valor vida, não pode ser equiparado ao querer defender-se, pois esta segunda é animada por um sentido positivo, de preservação de um bem jurídico socialmente relevante” SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 80.

⁹⁷Segundo Welzel, “nestas condições, a morte de um homem produzida em legítima defesa, teria a mesma significação que a morte de um mosquito. Ambos seriam atípicos” WELZEL, Hans Apud SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 82. WELZEL.

⁹⁸Em sentido próximo: SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. Op. cit., p. 83.

3. PONTO DE CHEGADA

A base do sistema ora apresentado reside em interpretar a conduta humana (ação) e o sentimento que forjou a norma (modelo interpretativo), ao invés de simplesmente julgar o tipo como descritivo, abarcando toda sorte de ânimos.

Com efeito, segundo precisa lição de Reale Junior, “o que define o caráter antijurídico da ação é o sentido que a anima, a posição valorativa que a colabora e que está abstratamente revelada no tipo”⁹⁹.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed.,

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Saraiva: São Paulo, v. 1, 2012, 16ª Ed.

D'AVILA, Fábio Roberto. *A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime*. Revista de Estudos Criminais, ano XII, n.º 54, 2014.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a_penal.pdf. Acesso em: 05 de maio de 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Parte geral, tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007..

⁹⁹REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1971, p. 136.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. Jose Bushatsky: São Paulo, 1977, 2ª Ed.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Disponível em: <http://www.grupos.com.br/group/ /Messages.html?action=download>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Impetus: Niterói, v. 1, 2007, 8ª Ed.

HIRSCH, Hans-Joachim. *Acerca de la crítica al finalismo*. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1994428.pdf>. Acesso em: 01 de agosto de 2015.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. Saraiva: São Paulo, v.1, 1998, 21ª Ed.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. Saraiva: São Paulo, v.1, 1998, 21ª Ed.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=141. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoria del delito em el estado social y democratic de derecho*. Bosch: Barcelona. 2ª ed., 1982.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade, o fundamento da imposição da pena a um indiví-*

duo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Juspodivm: Salvador, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. *A culpabilidade e o drama do Lord Jim*. Disponível em: www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_05_04341_04367.pdf. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva: São Paulo, 25ª Ed., 2001.

REID, Tiago de Lima Santos. *Inexigibilidade de conduta diversa: Planos de referência e aplicação extralegal*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano X, n.º 11.

REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas? Análise e crítica do sistema proposto por Hans Welzel*. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santos-reid/>.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Thompson Reuters: España

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Marcial Pons:

São Paulo, Trad. Alaor Leite, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Renovar: Rio de Janeiro, Trad., Luís Greco, 2002.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. São Paulo: Direito, 2001.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal, parte geral*. Elsevier: São Paulo, 2012.

VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal, o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

