

# conceito jurídico

ano I | | novembro de 2017 | nº 11

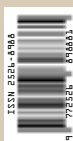


**José Matias-Pereira**

Economia e educação:  
a nova era da inteligência artificial **Pág. 7**



zakarewicz  
editora



## A “judicialização da política” e a “politização da justiça”



### CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

**Reis Friede**

Equilíbrio e serenidade



### DESTAQUE

**Antônio Cláudio Mariz  
de Oliveira**

Ministério Público de volta  
aos trilhos



### VISÃO JURÍDICA

**Antônio Sérgio Altieri de  
Moraes Pitombo**

Condução coercitiva na  
investigação criminal

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguié Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otávio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Angelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamin Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Arte e Diagramação:** Augusto Gomes

**Revisão:** MC Coelho – Produção Editorial

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**Comercial:** André Luis Marques Viana

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3225-6419

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

**Revista Conceito Jurídico** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

publicidade@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.



zakarewicz  
editora



*José Renato Nalini*

---

## A verdadeira reforma da Justiça

O sistema “Justiça” num Brasil que precisa ser reinventado também continua na alça de mira dos reformadores. Um dos raros consensos na terra em que o único acordo é a absoluta falta de consenso é o de que o equipamento “Justiça” poderia ser melhor.

O aparente prestígio decorrente de atuações glamorosas, próprias da sociedade do espetáculo, não subsistirá se, ao final, restar a sensação de que tudo não tiver passado de epidérmicas incursões num universo que continua arcaico e ineficiente.

A eficiência é um princípio que incide sobre a Administração pública brasileira desde 1999, quando foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19. Não constava do texto original da “Carta Cidadã” e sua inspiração é atribuída à lentidão intolerável do Poder Judiciário.

Todavia, em tempos de 4ª Revolução Industrial, o ritmo de funcionamento da Justiça ainda se mostra incompatível com as expectativas de uma sociedade que transita *online* por bancos, instituições financeiras, empresas e realiza de imediato operações tão ou mais sérias do que a prestação jurisdicional.

O ajuste do equipamento judicial às exigências da contemporaneidade precisa resultar de uma convicção nutrida pelos integrantes de todas as instituições que formam o complexo conglomerado desse serviço público. Ou seja, a Justiça é um conjunto imenso formado por juízes, promotores, defensores, procuradores, advogados, delegados e delegatários das atividades extrajudiciais. Sem deixar de considerar que



**“Não é fácil, não é simples, mas é um desafio que os tempos impõem a quem sempre acreditou no Direito como ferramenta de resolução de problemas e não de institucionalização dos conflitos.”**

esta pátria abriga um número de Faculdades de Direito superior à soma de todas as demais Escolas de formação jurídica existentes no restante do planeta.

A mais urgente, a mais séria e a mais imprescindível das reformas é a da consciência. Inércia cultural que mantém impassível um universo cuja imersão na imobilidade parece irreversível não sugere saudáveis perspectivas. O mais difícil é persuadir quem se encontra aparentemente tranquilo, na mais pacífica zona de conforto, a assumir posturas que podem significar incômodo e traumatismo. Só que se isso não ocorrer, a consequência em longo prazo será o descarte de uma atividade que hoje é considerada essencial ao saudável funcionamento do convívio civilizado.

Por onde começar?

Primeiro, pela conscientização de que a Ciência Jurídica é um instrumento de resolução de problemas. De facilitação da vida comum. De pacificação da sociedade, no Brasil cada vez mais acometida de irresignação convertida em ressentimento, ira, ódio e a transbordar em violência.

O Direito não pode continuar a ser o emaranhado normativo indevassável e inibidor de adoção da singeleza como método mais efetivo de resolver controvérsias.

O fetiche da lei ainda reside no senso comum. Só que a lei perdeu parâmetros quando entregue à volúpia hermenêutica de uma jurisprudência *à la carte*. O papel da Suprema Corte numa República em que o texto fundante é analítico e

prenhe de indeterminação e vagueza deveria ser o norteador daquilo que vale ou não vale no ordenamento.

Sobreleva em relação a todas as demais atribuições a competência de guarda precípua da Constituição. A sinalização do que pretendeu e ainda pretende o formulador do pacto federativo é missão indeclinável do Supremo. Imerso no desempenho de funções que o apequenam, sujeitando-o ao crivo da apreciação jejuna da massa, deixa de indicar à nação o que significa uma Constituição.

Para o observador neutro, apenas interessado em valorizar a função judicial, resta claro que uma Corte que é o ápice do sistema deveria abdicar de tudo aquilo que a afastasse da guarda precípua da Constituição. Avultaria o seu relevo para a vida brasileira declinar de jurisdição que poderia, sem prejuízo, retornar a outras instâncias, em atenção à vontade republicana de oferecer igualdade de condições para todos os cidadãos.


Assumir-se como Corte Constitucional, sem concorrer com outros Juízos e despir-se da falsa relevância de ser um tribunal com milhares de processos, representaria enorme passo para a revalorização do Direito na vida nacional.

No momento em que o STF fixasse os parâmetros eleitos pelo constituinte, o único titular de uma vontade soberana em um Estado de Direito, a incidência da intenção concreta da norma produziria um estágio de estabilidade tão desejável a um Brasil que precisa de segurança para retomar o desenvolvimento. A nação alçaria o voo que é o anseio difuso de uma população em busca de condições de obter o verdadeiro progresso. Aquele que advém de uma talvez utópica “segurança jurídica”, hoje inviável diante das oscilações jurisprudenciais que surpreendem e atordoam.

A mutação imposta pelas tecnologias de informação e comunicação é hoje perceptível e assimilada por quase todos os setores. Tem-se a impressão de que a Justiça não percebeu que o mundo se movimenta com uma aceleração crescente e contínua e que todas as estruturas se submetem a verdadeiro cataclismo. Se não houver consciência e comprometimento com a nova ordem imposta pelos incontáveis avanços científicos, deflagradores de uma revolução de valores que supera as fronteiras da ficção, a função judicial tende a ser substituída por estratégias mais ágeis de resolução de conflitos.

A adoção de alternativas à margem dos esquemas formais, o encontro de opções mais singelas e efetivas para liberar o ser humano de aflições que dificultam sua efêmera trajetória por este planeta – aventura que tem a duração de algumas poucas décadas – é uma exigência de quem se propõe a atender ao imperativo da busca da felicidade.

No momento em que Justiça significa dispêndios de tempo, de paciência e de recursos financeiros, além de acréscimos de apreensão, angústia e dissabor, sensações hoje presentes em grande parcela da população, o sintoma é de que algo não vai bem. E quem tiver juízo haverá de fazer um humilde *mea culpa* e tentar reverter o quadro.

Não é fácil, não é simples, mas é um desafio que os tempos impõem a quem sempre acreditou no Direito como ferramenta de resolução de problemas e não de institucionalização dos conflitos. 

---

**JOSÉ RENATO NALINI** é Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela USP. Desembargador aposentado do TJSP, foi seu presidente no biênio 2014/2015.

# SUMÁRIO

---

3

COM A  
PALAVRA

## A verdadeira reforma da Justiça

José Renato Nalini

8

ENTREVISTA

## Economia e educação: a nova era da inteligência artificial

José Matias-Pereira

10

PAINEL  
ECONÔMICO

## O otimismo sobre 2018

Armando Castelar

12

DIREITO E  
BIOÉTICA

## Alterações na lei de doação de órgãos

Eudes Quintino de  
Oliveira Júnior

14

CIÊNCIA JURÍDICA  
EM FOCO

## Equilíbrio e serenidade

Reis Friede

18

PAINEL DO  
LEITOR

## Sim, pedofilia não é crime

Denis Caramigo Ventura

21

PROPOSTAS E  
PROJETOS

## Acabou o amor, com quem fica o animalzinho?

João Paulo Mondardo Rocha

22

DESTAQUE

## Ministério Público de volta aos trilhos

Antônio Cláudio Mariz de Oliveira

24

CAPA

## Judicialização da política ou politização do Direito: sintomas de disfuncionalidades na política e no Direito

Ulisses Schwarz Viana

32

CAPA

## O protagonismo do Poder Judiciário no Brasil

Gustavo Caçado

44

CAPA

## Ativismo judicial em tempos de judicialização da política

Fabício Muraro Novais

55

DIREITO  
COMPARADO

## O novo Código de Processo Penal do Uruguai – enquanto isso, no Brasil...

Rômulo de Andrade Moreira

64

ENFOQUE

**Desigualdade, a pior mancha da nossa história**

Roberto Bocaccio Piscitelli

66

DIREITO  
ADUANEIRO

**Direito Aduaneiro: indução à concomitância entre discussões judicial e administrativa**

Bruno Renaux e Rachel Delvecchio

68

IN VOGA

**O crime de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito e o seu caráter hediondo**

Eduardo Luiz Santos Cabette

78

TENDÊNCIAS

**Extinção da Justiça do Trabalho?**

José Pastore e Eduardo Pastore

80

PORTAL  
JURÍDICO

**O acordo de leniência e seus reflexos para suas signatárias**

Teresa Cristina Sant'Anna

85

CONJUNTURA

**O IPI não deve incidir na cesta básica**

Aline Milanski

88

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

**A República equilibrada**

Henrique Nelson Calandra e Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

92

VISÃO JURÍDICA

**Condução coercitiva na investigação criminal**

Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo

94

GESTÃO  
EMPRESARIAL

**Controles financeiros essenciais para gestão**

Eduardo Sehnem Ferro

96

CONTEXTO

**Denúncia do Ministério Público contra o presidente da República: oclusão ao livre exercício da justiça corrompe a independência do Poder Judiciário e desrespeita os Direitos Humanos**

Cândido Furtado Maia Neto e André Luis de Lima Maia

102

DOCTRINA

**Exclusão de sócios em sociedades limitadas**

Luís Rodolfo Cruz e Creuz

106

PONTO DE  
VISTA

**Reforma política – um ato republicano**

Eduardo Lima de Matos

POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA



ARQUIVO PESSOAL

## Economia e educação: a nova era da inteligência artificial

Entrevista com o Prof. José Matias-Pereira, professor de administração pública da Universidade de Brasília.

**REVISTA CONCEITO JURÍDICO** – *Qual é o cenário atual da economia brasileira?*

**Prof. JOSÉ MATIAS-PEREIRA** – A crise econômica tem sua origem na adoção de políticas econômicas equivocadas nos governos lulopetistas, notadamente no governo Dilma, que transformou a economia brasileira em terra arrasada. Além de desaguar na forte recessão de 2015 e 2016, que reduziu a arrecadação dos tributos e aumentou o desemprego, a crise também desorganizou as finanças públicas do país, levando ao descontrole das contas públicas. Pode-se observar, a partir dos indicadores econômicos mais recentes, que a economia começa a dar sinais de retomada. Registre-se que tal retomada, no entanto, será lenta.

**REVISTA CONCEITO JURÍDICO** – *Qual o impacto na economia da educação pública universitária?*



**Prof. JOSÉ MATIAS-PEREIRA** – Os efeitos da crise econômica na educação pública universitária são muito fortes. Na verdade, esses efeitos são mais amplos e se estendem, além da educação superior, para todo o sistema de ciência, tecnologia e inovação do país. As universidades federais e os centros de pesquisas no Brasil, caso não sejam priorizados na gestão do orçamento da União, caminham para um processo de semiparalisa.

**REVISTA CONCEITO JURÍDICO** – *Quais são os motivos dos atrasos e cortes que eram destinados à educação?*

**Prof. JOSÉ MATIAS-PEREIRA** – A crise econômica, conforme já ressaltai, refletiu negativamente na arrecadação de tributos, que impôs a necessidade da criação de um novo modelo fiscal para o país, a partir da definição de um teto para as despesas públicas. Esse novo modelo fiscal está levando o governo federal a promover cortes drásticos no orçamento público, de forma linear, em todas as áreas da Administração pública, inclusive nas áreas de educação e CT&I.


**REVISTA CONCEITO JURÍDICO** – *Qual é o impacto disso na economia?*

**Prof. JOSÉ MATIAS-PEREIRA** – Deixar de priorizar as áreas de educação e CT&I no país se apresenta como uma tragédia anunciada no desempenho da economia, em decorrência da queda na produtividade. O governo Temer está tentando ignorar que o mundo vive na era da inteligência artificial. Os seus danos serão sentidos no futuro, pois o Brasil vai ficar parado no tempo, enquanto os demais países que investem maciçamente nessas áreas vão continuar avançando.

**REVISTA CONCEITO JURÍDICO** – *A economia do país pode alavancar a partir desses cortes?*

**Prof. JOSÉ MATIAS-PEREIRA** – O novo modelo fiscal, que é necessário para a reorganização das finanças públicas, impõe que o Estado caiba dentro do orçamento público, ou seja, os governantes não poderão gastar mais do que arrecadam. Essa mudança no modelo exige que os dirigentes do país priorizem no orçamento as áreas estratégicas para o desenvolvimento, como são os casos da educação e da CT&I. Isso vai exigir mudanças no sistema político, que está contaminado pelo patrimonialismo e o corporativismo. Os critérios para as indicações dos gestores públicos precisam deixar de ser políticos para ser de competência técnica e postura ética, pois eles terão que fazer mais com menos, por meio das reduções dos desperdícios e da corrupção na Administração pública.

**REVISTA CONCEITO JURÍDICO** – *Qual é o impacto na educação pública universitária do Brasil com os cortes?*

**Prof. JOSÉ MATIAS-PEREIRA** – Promover cortes lineares em áreas estratégicas, como é o caso da educação e da CT&I, os quais impactarão a formação de técnicos e pesquisadores competentes, conectados com a nova era da inteligência artificial, capazes de contribuir decisivamente para o aumento da produtividade e da competitividade do país, nos médio e longo prazos. Assim, entendo que o Brasil caminha na contramão dos países mais desenvolvidos, nos campos da educação e da CT&I. Essas áreas são essenciais para estimular a retomada do crescimento econômico do país. 

# O otimismo sobre 2018

■ POR ARMANDO CASTELAR

**“Muita insegurança jurídica, muita incerteza institucional, contas públicas em trajetória explosiva e o risco elevado de volta do populismo. Não deveríamos nos enganar com os bons ventos que vão soprar por aqui em 2018. É preciso continuar trabalhando pelas reformas.”**

**E**m uma das passagens da obra vencedora do prêmio Pulitzer “Lords of Finance: The Bankers Who Broke the World” (USA: Penguin Books, 2009), de Liaquat Ahamed, o presidente do Banco da Inglaterra (Morgantau Norman) pega um navio com falsa identidade para ir a Nova York encontrar-se com sua contraparte no banco central norte-americano (Benjamin Strong). Os dois tinham boa relação, já que passaram férias juntos na Riviera francesa. Era o ritmo de então, na virada do século XIX para o XX, em que a política monetária global se acomodava ao tempo das viagens transatlânticas, às férias etc.

Junto com o tempo veio a velocidade e um mundo de informação, nem sempre fácil de interpretar. É o caso dos sinais sobre 2018. O sentimento dominante é de otimismo, pois espera-se que a economia tenha um ótimo desempenho, em quase todos os sentidos. Mas há também a percepção de crescente fragilização institucional e de incerteza sobre o futuro do Brasil.

O otimismo com a economia é global. Há um par de semanas, o FMI lançou novas projeções para a economia mundial, elevando a expectativa de crescimento. Agora, espera-se alta do PIB global de 3,7% este ano e 3,8% em 2018, contra 3,2% do ano passado. Só 3% das quase duas centenas de países que o Fundo acompanha não devem crescer ano que vem.



O desempenho virá de políticas fiscais agregadamente neutras e condições financeiras expansionistas, com o aperto monetário na Área do Euro, nos EUA e no Reino Unido sendo modesto e compensado pelo relaxamento nas condições de crédito e o maior apetite pelo risco. O resultado será a continuação da recuperação cíclica em curso nos países ricos.


Países produtores de *commodities* vão se beneficiar da estabilidade dos preços desses produtos em patamar relativamente alto e do relaxamento monetário em curso na maioria deles. Por fim, a Ásia emergente, responsável por quase metade da expansão do PIB mundial nos últimos sete anos, deve seguir crescendo cerca de 6,5% ao ano.

O cenário de médio prazo é menos uniformemente positivo. O PIB global continuará aumentando cerca de 3,7% ao ano até 2022, prevê o Fundo, enquanto o crescimento deve acelerar nas economias emergentes, notadamente nos países produtores de *commodities*. Contudo, o bom desempenho deve perder força nas economias avançadas em função do envelhecimento da população e do ritmo lento de alta da produtividade.

Se confirmada, a referida projeção de baixo crescimento nos países ricos, mantida a forma desigual como vem sendo distribuída, especialmente nos EUA, pode ser uma fonte de incerteza política, reforçando o risco de populismo. Este, que parecera dar uma trégua após a vitória de Emmanuel Macron, na França, ressurgiu no movimento separatista na Catalunha, nas eleições na República Tcheca e nos movimentos por maior autonomia no Veneto e na Lombardia (Itália). E mantém-se vivo nas políticas protecionistas que colocam em risco a sobrevivência do NAFTA (acordo de livre comércio da América do Norte) e da Organização Mundial do Comércio.

O cenário para a economia brasileira no ano que vem também é positivo. A narrativa dominante é que a recuperação na demanda doméstica deve se acentuar por conta da queda dos juros reais, que deve ficar estabilizada em 3%, em 2018, no caso da Selic. A inflação deve ficar baixa em função da inércia inflacionária e de preços de alimentos bem-comportados. E deve haver uma interação positiva entre melhoria das condições de crédito, aumento do emprego e da renda, alta no consumo e na arrecadação tributária, que junto com o custo mais baixo da dívida pode mitigar as preocupações com as contas públicas.

O FMI, porém, está menos otimista com o Brasil, projetando que nosso PIB cresça só 1,5% em 2018, ou seja, um ponto percentual a menos que os analistas de mercado. Para o Fundo, as incertezas com a política e com o futuro da política econômica, aliadas ao fato de estas manterem o investimento em patamar deprimido vão travar o nosso crescimento ano que vem.

O Fundo está pessimista demais, até porque o Banco Central do Brasil teria munção para reduzir ainda mais os juros e estimular a demanda doméstica, se necessário. Mas acho que ele tem um ponto em relação a horizontes mais largos, ou seja, a aceleração do crescimento vai durar pouco e logo esbarrar na falta de um ambiente propício ao investimento e ao aumento da produtividade. Muita insegurança jurídica, muita incerteza institucional, contas públicas em trajetória explosiva e o risco elevado de volta do populismo. Não deveríamos nos enganar com os bons ventos que vão soprar por aqui em 2018. É preciso continuar trabalhando pelas reformas. 





# Alterações na lei de doação de órgãos

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“O Decreto Presidencial nº 9.175/2017, regulamentou a Lei nº 9.434/1997 e trouxe consideráveis e necessárias mudanças ao texto original, já que visa a dar maior celeridade e garantia para que os procedimentos sejam realizados com pleno êxito, levando-se em consideração que o Brasil figura em posição privilegiada na lista dos países que mais realizam transplantes no mundo.”**

**A** Lei de Transplantes no Brasil, que trata da disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, *in vita* ou *post mortem* (Lei nº 9.434/1997), desde sua edição vem experimentando algumas alterações que se fazem necessárias em razão do dinamismo das Ciências Médicas, principalmente as relacionadas com os transplantes humanos, que representam uma grande conquista da humanidade e, a cada passo dado, alargam os horizontes para proporcionar a homens e mulheres as melhores condições de saúde e longevidade.

O corpo humano é considerado repositório de órgãos e a medicina consegue realizar a substituição com considerável margem de sucesso, proporcionando ao ser humano melhor qualidade de vida. Pode-se dizer que a doação, em sua essência, é um ato que transcende a generosidade humana. Sem olvidar que a tecnologia moderna

possibilita a junção de aparelhos a órgãos e tecidos humanos, por exemplo, coração artificial, marcapasso, etc., atrelados ao corpo humano por circuitos eletrônicos.

O Decreto Presidencial nº 9.175/2017, regulamentou a Lei nº 9.434/1997 e trouxe consideráveis e necessárias mudanças ao texto original, já que visa a dar maior celeridade e garantia para que os procedimentos sejam realizados com pleno êxito, levando-se em consideração que o Brasil figura em posição privilegiada na lista dos países que mais realizam transplantes no mundo.


Dá-se a impressão de que, quando vem à baila o assunto transplante de órgãos, ocorre um ato atentatório contra a pessoa e seu corpo, ferindo a identidade e a dignidade do ser humano, o que não corresponde à realidade. Sem falar que muitas pessoas pensam ainda que podem fazer a doação de seus órgãos após a morte. Ficou definitivamente descartada a “doação presumida”, que representava a manifestação de vontade da pessoa em doar seus órgãos *post mortem*, devidamente anotado em sua Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação, alterada pela Lei nº 10.211/2001, como constava no Decreto anterior que regulamentava a lei de doação de órgãos.

Hoje, prevalece, definitivamente, a vontade da família para autorizar a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, para fins de transplante, compreendendo a pessoa do cônjuge, companheiro ou de parente consanguíneo, maior e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, materializado na assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Se se tratar de incapaz falecido, o documento será assinado por ambos os pais, se vivos, ou do detentor do poder familiar exclusivo, da tutela ou curatela.

Tanto é assim que todas as companhias de incentivo para os doadores orientam a conversa entre os familiares a respeito de eventual doação. É muito mais fácil para o parente decidir, uma vez que ele é o responsável para cumprir a manifestação de vontade do doador.

É bom observar que a união homoafetiva, com caráter de entidade familiar, conferiu aos homossexuais igualdades incondicionais, inclusão, cidadania sem preconceitos e discriminação, quer seja por gênero quer seja por orientação sexual, dentre elas a legitimidade para se manifestar a respeito de possível doação de órgãos do companheiro falecido, questão que foi pacificada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.227/2011 e na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra alteração interessante e de cunhos mais prático e célere reside na exclusão de um médico neurologista para decretar a morte encefálica, exigência que emperava o procedimento. Agora, os médicos capacitados e integrantes da equipe especializada poderão fazer o diagnóstico com base nos critérios definidos em resolução pelo Conselho Federal de Medicina.

Providencial, também, levando-se em consideração a logística para o transplante, a iniciativa do Ministério da Saúde em poder requisitar o apoio à Força Aérea Brasileira, que manterá permanentemente uma aeronave exclusiva para o transporte de órgãos, tecidos e partes do corpo humano até o local onde será feito o transplante. 



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-doutorado em Ciências da Saúde, reitor da Unorp, advogado.

# Equilíbrio e serenidade



■ POR REIS FRIEDE

divulgação

**E**stamos vivendo tempos extraordinariamente difíceis em nosso país. Após superarmos o trauma de uma das eleições mais polarizadas de nossa história, no final do ano de 2014, com resultados, no mínimo, contestáveis, no curto período de pouco mais de um ano de exercício de um segundo (e conturbado mandato presidencial) experimentamos a excepcionalidade do *impeachment* da presidente da República.

Permeando toda essa sorte de incomuns acontecimentos, uma preocupante recessão econômica emergiu como combustível para uma crise político-institucional que acabou por conduzir o Poder Judiciário a um inédito e extraordinário protagonismo (sem precedentes na história republicana), entremeado de persistentes (e inquietantes) conflitos com o Poder Legislativo, desconsiderando não somente que, se a magistratura é essencial à democracia, o Parlamento igualmente o é, sob pena, como bem adverte Joaquim Falcão (*Congresso e Supremo podem fazer Gol Contra*. In: *O Globo*, 16/12/2016, p. 3), de

**“O Poder Judiciário representa, através de seus juízes, a última esperança de um povo sem esperança e, neste sentido, todos os olhos da sociedade encontram-se naturalmente voltados em torno da expectativa da correta, serena e equilibrada atuação de todos os membros da magistratura, sem qualquer exceção ou exclusão.”**

trocarmos uma necessária (e concreta) Constituição Normativa por uma abstrata (e inefetiva) Constituição Semântica. De acordo com Ives Gandra da Silva Martins:

O Poder Judiciário não pode passar de um legislador negativo. Teço estas considerações porque, no Brasil, este equilíbrio entre os poderes tem sido tisonado por incursões indevidas do Judiciário nas funções legislativas [...] De plano, reconheço nos membros da Magistratura qualidades pessoais que admiro. Mas são técnicos e não políticos, sociólogos ou economistas, carecendo do conhecimento conjuntural, até porque não representam o povo, que não os elegeu (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Advocacia e o Ministério Público*. In: *O Globo*, 03/06/2007, p. 17).

Ademais, é fundamental destacar que o ineditismo dessa nova forma de atuação do Judiciário, no contexto de um surpreendente (e perseverante) quadro de incontáveis denúncias de corrupção, tem conduzido a um igualmente excepcional grau de exigência quanto à atuação por parte de seus membros, que transcende (em muito) toda experiência acumulada em cerca de 30 ou 40 anos de existência de uma Justiça relativamente independente em nosso país.

Nesse cenário, equilíbrio e serenidade se constituem no binômio fundamental a ser necessariamente observado por todos os juízes, em todos os juízos e tribunais brasileiros. Segundo declarações do ministro Gilmar Mendes:

O Poder Judiciário se constitui, acima de tudo, em árbitro em processos de conflito e jamais em ator responsável por dar causa ao próprio conflito; situação que se apresenta quando passa a interferir, às margens dos estreitos limites de sua competência constitucional, na própria dinâmica funcional dos Poderes Legislativo e Executivo (MENDES, Gilmar. *O Estado de São Paulo*, 16/12/2016).

Somente obteremos êxito na superação desse grandioso desafio se os membros da magistratura nacional compreenderem o elevadíssimo grau de responsabilidade de suas novas (e renovadas) funções e, acima de tudo, o impacto (efetivo e potencial) de suas respectivas ações no mister do desempenho de suas respectivas atribuições constitucionais.

Oportuno é lembrar que a prestação jurisdicional não se esgota apenas na rigorosa observância da Constituição e das leis que com ela convergem, posto que a atuação do julgador deve ser necessariamente legitimada, ao mesmo tempo que deve possuir um incontestado conteúdo ético.

O substrato deontológico da magistratura encontra-se presente no processo de legitimação do próprio juiz e, por efeito, de seu poder jurisdicional, não obstante ser sempre verdadeiro o fato de a legitimidade do magistrado transcender a simples valoração subjetiva, implícita na ética e na moral social, para se fundar, não só no procedimento de recrutamento e seleção, mas, sobretudo, no resultado de sua atuação criativa – porém umbilicalmente fundamentada em preceitos técnico-jurídicos (art. 93, IX, da CF) –, que objetiva, em última análise, transformar o Direito objetivo abstrato em norma sentencial concreta e efetiva.

Resta imperativo que todos os membros da judicatura compreendam que o cerne da questão da justiça, na qualidade de elemento axiológico do Direito, não se encontra propriamente na valoração genérica e egocentricamente livre de cada julgador, mas, ao reverso, no rigor da aplicação racional da lei de formas serena, equilibrada e, fundamentalmente, isenta, imparcial e impessoal. Segundo o ministro Dias Toffoli:

O juiz não é livre para decidir, posto que decide sempre com fundamento na Constituição e nas leis que convergem com o texto constitucional. Os juízes, em verdade, são apenas livres de pressões externas para julgar, considerando as garantias da magistratura asseguradas na Carta Política (TOFFOLI, José Antonio Dias. In: *Diálogos*: Roberto D'Ávila. *Globo News*, 12/12/2016).

É sempre oportuno registrar que a legitimidade democrática do magistrado não resulta de uma exclusiva delegação *a priori* (como na hipótese dos cargos eletivos), mas, ao contrário, de um mecanismo que se opera sempre (e conclusivamente) *a posteriori*, através da produção da lei *inter partes*, vinculada inexoravelmente ao absoluto respeito em relação à matriz jurídica básica, de natureza legislativa, que lhe é posta pelos Direitos Constitucional e Infraconstitucional vigentes. Tal preceito resta tão importante que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), preocupado com os constantes julgamentos procedidos por sentenças genéricas e com base em conceitos peculiares relativos ao legal e ao justo, estabeleceu expressamente, em seu art. 489, restrições inéditas à pretensa liberdade de decidir dos juízes, remodelando, inclusive, a arquitetura construtiva dos julgados (e de suas explícitas motivações) e expurgando definitivamente a possibilidade de decisões judiciais contaminadas por concepções pessoais absolutas e soberanas.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial [...] que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes [...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão [...].

Não é por outro motivo que a fundamentação (necessariamente) técnica das decisões judiciais sempre foi e, de forma mais marcante e explícita, continua a ser (inafastavelmente) obrigatória, constituindo-se, inclusive, em uma insuperável garantia constitucional, na exata medida em que o próprio parâmetro vinculativo do poder do juiz exterioriza-se, precisa e pontualmente, na formulação das pertinentes razões de decidir, por ser exatamente neste momento que o julgador torna transparente (e público) que respeitou o devido processo legal. Sílvia Correia nos acrescenta com a afirmação de que:



[...] o mínimo que se espera é que o Judiciário aja de acordo com a lei [...] convencer os magistrados de que sua opinião pessoal não é lei ainda é missão inconclusiva e árdua (CORREIA, Sílvia. *O Resistente Judiciário*. In: O Globo, 13/10/2016, p. 15).


Jamais devemos nos esquecer de que não é propriamente o juiz quem julga, mas sim o Estado-juiz que ele representa, defluindo deste fato a conclusão lógica de que não há espaço para o exercício de um condenável protagonismo individual evadido de vaidades (ou mesmo de outros pecados da alma) – e, muito menos, de um solipsismo judicial congênito –, sendo certo, ainda, que as consequências (e os efeitos político-jurídicos) de uma decisão judicial devem ser sempre ponderadas, integrando-se, necessariamente, ao processo de elaboração conclusiva da mesma. Consoante afirmou Denis Lerrer Rosenfield:

As consequências de uma decisão judicial devem ser sempre consideradas e, portanto, fazer parte da construção de sua elaboração (ROSENFELD, Denis Lerrer. *Escolhambação Institucional*. In: O Globo, 12/12/2016, p. 12).

Vale advertir, em tom sublime e conclusivo, que a missão primordial do Judiciário é a obtenção da paz social. Cumpre, portanto, ao Poder Judiciário, de forma cogente e insuperável, a resolução (administração) dos conflitos, com a consequente pacificação da sociedade, e não, de forma oposta, como desejam (em seu atuar) alguns juízes, a exacerbação dos ânimos, em nome de uma utópica (e desautorizada) imposição de seus (subjativos) postulados de justiça, muitas das vezes supostamente obtidos (e indevidamente incorporados ao patrimônio intelectual do magistrado) por intermédio de um suposto (porém, inexistente) Direito alternativo. Eros Roberto Grau afirma que:

Em uma democracia os juízes não de ser submissos às leis, sob risco de se transformar o Estado de Direito em um Estado de Juízes (GRAU, Eros Roberto. *Juízes que fazem as suas próprias leis*. In: O Globo, 11/12/2016, p. 15).

Ademais, é sempre válido rememorar que o povo não é (em verdade) soberano, uma vez que soberanos são, em essência, os valores em que se fundam uma democracia e, por consequência lógica, uma sociedade autenticamente democrática. Valores estes que se encontram, sempre e necessariamente, consagrados na Constituição (na qualidade de fruto do Poder Constituinte originário que formalizou os verdadeiros ideais de um povo, concebendo uma autêntica nação), cabendo, em última análise, ao Poder Judiciário a extraordinária tarefa de defendê-los, inclusive ao eventual arrepio da oscilante vontade popular (momentaneamente majoritária).

Por fim, vale registrar que o Poder Judiciário representa, através de seus juízes, a última esperança de um povo sem esperança e, neste sentido, todos os olhos da sociedade encontram-se naturalmente voltados em torno da expectativa da correta, serena e equilibrada atuação de todos os membros da magistratura, sem qualquer exceção ou exclusão. 



**REIS FRIEDE** é desembargador Federal, diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF), Mestre e Doutor em Direito.



# Sim, pedofilia não é crime

■ POR DENIS CARAMIGO VENTURA

**“Obviamente, não pregamos abrandamento ao pedófilo, pois a vítima de um pedófilo será sempre uma vítima sexual com traumas, muitas vezes, irreversíveis. Porém, como operador do Direito, tenho que respeitar o ordenamento jurídico vigente e trazer à baila uma discussão de suma importância.”**

**I**nfelizmente, o assunto está na crista da onda, uma vez que é recorrente em vários canais de comunicação, tais como rádios, telejornais, revistas, sites e telenovelas, porém, longe de ser uma novidade.

A pedofilia existe há séculos e, certamente, com a globalização ela está muito mais aparente. O termo “pedofilia” parece bastante óbvio, mas não é.

Sendo assim, o que é pedofilia?

Muitas coisas acerca de tal denominação são debatidas e nem sempre condizem com a realidade.

Certamente, haverá muita divergência de opinião sobre o presente escrito. Porém, como o assunto está sendo tratado de forma técnica temos que expô-lo ignorando o “senso doutrinário comum”.

Conforme estabelece a nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX, todo crime deve ter expressa previsão em lei. “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Assim sendo, não existe em nosso ordenamento jurídico atual, por exemplo, os crimes de pedofilia e abuso sexual por total ausência de previsão normativa.

Apenas a título de esclarecimento, por não ser objeto da discussão, todo crime sexual é um abuso sexual, mas o crime de “abuso sexual”, propriamente dito, não existe.

A pedofilia, segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde) é uma doença em que o indivíduo possui um transtorno psicológico e, assim sendo, apresenta um desejo, uma fantasia e/ou estímulo sexual por crianças pré-púberes.

Vale a observação de que em nenhum momento exige-se que o pedófilo tenha contato físico com a “vítima” e, portanto, a pedofilia pode ser exteriorizada de diversas formas, como veremos adiante.

A pedofilia é uma doença e como tal deve ser encarada e tratada. A grande questão que surge quando tratamos deste polêmico tema é se a pedofilia não é crime, como, então, punir o pedófilo?

Ninguém pode ser punido criminalmente por ter alguma doença. Porém, quando o pedófilo (quem tem pedofilia) exteriorizar a sua patologia e a sua conduta se amoldar em alguma tipicidade penal estará caracterizado o crime (da tipicidade incorrida e não da pedofilia).

É importante ressaltar que não existe cura para a pedofilia. Por esse motivo, o pedófilo (que é quem padece de pedofilia) deve ter acompanhamento clínico constante para que não exteriorize a sua patologia.

Há de se dizer que nem todo pedófilo é um “criminoso”. Só comete crime aquele que exterioriza a sua pedofilia. Dessa forma, em que crimes tipificados em nosso ordenamento jurídico os pedófilos podem incorrer?

Os mais comuns – os quais sugerimos a leitura para melhor compreensão do tema – são os tipificados nos arts. 240 ao 241-D do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e nos arts. 217-A e 218-A do CP (Código Penal).

Vale a observação de que nem todos os que incorrem em alguma das tipicidades citadas são pedófilos. Muitas pessoas cometem crimes de conotação sexual sem nenhuma patologia clínica, diferentemente dos pedófilos, que padecem de um transtorno mental sexual.

Assim, como podemos observar, o pedófilo, a princípio, não é um criminoso, mas um doente. Ele torna-se criminoso a partir do momento que exterioriza a sua patologia e esta se enquadra em algum crime previsto no ordenamento jurídico, como já observamos.

Questão interessante a se debater é a sanção imposta a um pedófilo quando exterioriza a sua conduta. Aplica-se pena a um doente mental que comete crime? A resposta é: depende.

Quando alguém comete um crime aplica-se a este uma pena ou uma medida de segurança.

Superficialmente, para melhor entendermos o contexto exposto, de acordo com o Código Penal:

Art. 32 – As penas são:

I – privativas de liberdade;

- II – restritivas de direitos;
- III – de multa.

Ainda, segundo o Código Penal:

Art. 96. As medidas de segurança são:

- I – Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
- II – sujeição a tratamento ambulatorial.

No caso dos pedófilos é de suma importância a observância de cada caso concreto para que haja uma minuciosa análise clínica devidamente atestada e fundamentada em laudo pericial para a aplicação de uma pena ou medida de segurança.

Dependendo do grau da pedofilia (doença) de que padece o sujeito ativo, a pena (restritiva de liberdade – detenção ou reclusão) pode ser substituída por uma medida de segurança.

Como os crimes que citamos são apenados com reclusão, a medida de segurança a ser imposta é a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Apenas por fidelidade jurídica, ainda que de forma minoritária, algumas decisões estão sendo proferidas no sentido de aplicação da medida de segurança de tratamento ambulatorial para condutas criminosas apenadas com reclusão.


Majoritariamente, a aplicação de tratamento ambulatorial é apenas para condutas tipificadas com pena de detenção (e não reclusão).

A grande dificuldade da correta aplicação da sanção ao pedófilo é a deficiência do sistema estatal como um todo, pois o “doente psicológico sexual” é tratado da mesma forma que o “criminoso sexual”.

Obviamente, não pregamos abrandamento ao pedófilo, pois a vítima de um pedófilo será sempre uma vítima sexual com traumas, muitas vezes, irreversíveis. Porém, como operador do Direito, tenho que respeitar o ordenamento jurídico vigente e trazer à baila uma discussão de suma importância.

Ressalta-se, oportunamente, que o art. 26 do Código Penal sempre deve ser observado para a aplicação da pena ou da medida de segurança:

Art. 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por fim, longe de esgotar o tema, a discussão trazida é para elucidar que a pedofilia não é um crime, mas sim uma doença. Ademais, também discute-se a correta aplicação da sanção imposta a um pedófilo que, clinicamente, é um doente. 



**DENIS CARAMIGO VENTURA** é advogado criminalista

# Acabou o amor, com quem fica o animalzinho?

■ POR JOÃO PAULO MONDARDO ROCHA


**M**uitos casais optam pela adoção ou aquisição de um animalzinho, ou *pet*. Todavia, a demanda de divórcios vem aumentando gradativamente e, com isso, a discussão no Judiciário também cresce acerca do questionamento de quem vai ficar com o animalzinho de estimação.

Esta é uma questão que será discutida durante muito tempo pelo casal possuidor de um *pet* que optar pelo divórcio litigioso, pois não há lei que trate sobre a guarda de animal de estimação e tampouco entendimento jurisprudencial. Entende-se que o casal deve discutir entre si, amigavelmente, a respeito de quem deve ficar com o bichinho.

Um caso que se difere dos outros é o da luta por Mandic, um Salsicha, que foi parar no Superior Tribunal de Justiça. A guarda discutida por seus donos durou quase oito anos. Com início no Tribunal de Justiça de São Paulo e acabando no STJ, em Brasília. O fato demonstrou que em nenhum momento os donos, ou pais como estes se referem, pensaram noutra possibilidade senão de ter o cãozinho ao seu lado. O maior entendimento entre os magistrados, hoje, é da guarda compartilhada.

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.058/2011, de autoria do deputado Dr. Ubilali, do PSB/SP, o qual trata da guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores. Conforme consta no artigo 2º:

Decretada a separação judicial ou o divórcio pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos animais de estimação, será ela atribuída a quem revelar ser o seu legítimo proprietário, ou, na falta deste, a quem demonstrar maior capacidade para o exercício da posse responsável.

Infelizmente, temos de aguardar o Legislativo votar o projeto para que, então, haja base legal nas discussões judiciais sobre quem deve ficar com o animal de estimação. Mas, com certeza, a melhor opção, tanto para o casal quanto para o bichinho, é a escolha por um divórcio amigável, em que os dois optem pela guarda compartilhada de um ser que quase se transforma em um filho. 



**JOÃO PAULO MONDARDO ROCHA** é advogado do Escritório Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados.



*Antônio Cláudio Mariz de Oliveira*

# Ministério Público de volta aos trilhos

**O**fato de o homem viver em sociedade, por ser um animal gregário, gera conflitos quando os interesses de uns não são satisfeitos em face da resistência de outros que lhes são opostos. Nesse sentido, para serem mantidas a paz e a harmonia em sociedade é imperiosa a interferência do Estado, com o escopo de aplicar o Direito e pôr fim a um conflito determinado. Essa atividade estatal é exercida por três personagens: juiz, advogado e promotor de Justiça.

A respeito das funções desempenhadas por cada um deles pairam dúvidas e incompreensões na sociedade. Sabe-se, bem a grosso modo, que o juiz aplica o Direito a um caso concreto, o advogado defende direitos de terceiros e o promotor exerce a acusação e fiscaliza o cumprimento da lei.

De todas essas atividades, as menos compreendidas são as afetas ao Ministério Público, talvez pelas distorções provocadas nos últimos tempos por seus próprios responsáveis.

Em recentes episódios envolvendo procedimentos policiais e judiciais, que capturaram o interesse da mídia e da sociedade, assistimos ao ativismo de alguns setores e membros do Ministério Público que de longe extrapolaram os lindes legais de sua competência, que é determinada pela Constituição Federal e pelas leis ordinárias. Nos últimos tempos, esses excessos vieram a público, como fruto de um açodamento inusitado para acusar e de um protagonismo absolutamente incompatível com a serenidade e o recato que devem orientar a conduta dos representantes da instituição.

Abro um parêntesis para uma observação: juristas de grande envergadura parecem estar reconhecendo enganos e desvios na condução das obrigações do Ministério Público, pois passaram a explicar e a defender a instituição, como se estivessem considerando fundadas as críticas e reais os seus excessos. Exemplo desse implícito reconhecimento nos deu o insigne ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, que com sua autoridade de exemplar magistrado, sua verve e sua erudição dedicou longa fala, em recente julgamento, para fazer a apologia da instituição.

Na verdade, parece estar na hora de ser o Ministério Público recolocado nos caminhos de suas destinações constitucional e legal, pois se assiste, sem dúvida, a uma deformação do seu papel institucional. A maioria dos seus integrantes tem a exata

consciência de seus deveres, objetivos e da adequada posição a ser adotada em face da sua missão dentro do sistema penal brasileiro, hoje como órgão de investigação – aliás, de duvidosa legitimidade –, como titular da ação penal e, precipuamente, como auxiliar da administração da Justiça.

Observe-se que o promotor de Justiça tem compromissos com a busca da verdade e com o ideal de justiça idênticos aos que tem o juiz de Direito. Nesse sentido, a função primordial do membro do Ministério Público é o zelo pela justiça, e não pela acusação, como com muita propriedade afirmou o eminente Hugo Mazzilli, que honrou o *Parquet* de São Paulo.

Assim, como titular da ação penal, a acusação deve refletir dados e elementos colhidos da realidade provada, e não fruto de um esforço mental, desenvolvido para justificar o cumprimento de um dever abstrato, que deve ser necessariamente cumprido. Acusar não é tarefa a ser executada de forma obstinada e obsessiva, como vem ocorrendo, especialmente com relação a investigações que despertam inusitado e inconveniente interesse midiático.

Não é por outra razão que alguns acusadores estão recorrendo a suposições, ilações, hipóteses e verdadeiras ficções para suprir a ausência de provas e tentar justificar acusações visivelmente inviáveis.

Nesses casos se tem a impressão de que, logo no nascedouro das investigações, o representante do Ministério Público assume um compromisso consigo mesmo de oferecer denúncia contra o suspeito, independentemente da existência de provas ou mesmo de indícios convincentes. Acusará com provas, sem provas ou contra as provas. Assim, estará satisfazendo as expectativas da mídia e da sociedade. Esse comportamento o afasta do seu dever maior, que é com o ideal de justiça. Repita-se: o promotor e o procurador não são acusadores obstinados, pois devem auxiliar a promover e a procurar justiça.

Em recente julgamento realizado pelo plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal ficou assentado que os membros do Ministério Público devem adotar no processo uma posição de imparcialidade. Essa afirmação se deu porque os ministros discutiram a exceção de suspeição levantada contra o então procurador-geral da República. Apenas não a acolheram por entenderem não estar provada sua inimizade com o acusado.

Mas reconheceram de forma implícita que o promotor deve ser imparcial, pois, ao avaliar as provas para deduzir uma acusação, deve agir com absoluta isenção. Pudessem os membros do Ministério Público atuar de maneira parcial, a exceção não poderia sequer ter sido arguida. Seguiram o preceito da lei processual, que afirma serem aplicadas ao promotor as causas de suspeição previstas para o juiz. Só é suspeito quem deve ser imparcial. Contra o advogado, este, sim, não se pode arguir suspeição.

Devendo ser imparcial, acusar com base em provas e podendo, agora, investigar crimes, é óbvio que o promotor deve exercer suas funções desprovido de qualquer antecipada opinião sobre a responsabilidade do suspeito. Do contrário, agirá de forma parcial, preconcebida, e como investigador se sentirá no direito de selecionar as provas que só interessem à acusação, em detrimento da busca da verdade real. Sua visão probatória será seletiva. Só irão para os autos os elementos que comprometerem o suspeito. As que lhe forem favoráveis serão levadas ao lixo.

A sociedade brasileira deseja e precisa de um Ministério Público fiel às suas obrigações constitucionais e legais. Um Ministério Público que acuse com fidelidade às provas, sem protagonismo institucional ou pessoal, e que dê a certeza de ser, como sempre foi, uma instituição livre de injunções alheias à sua destinação constitucional, ligada à realização do justo. **C**

## Judicialização da política ou politização do Direito: sintomas de disfuncionalidades na política e no Direito



DMULUCAÇÃO

■ POR ULISSES SCHWARZ VIANA

**“A judicialização da política e a politização do Direito são fenômenos correlatos, cara e coroa de uma mesma moeda, que trazem à tona a discussão dos limites funcionais e operativos dos sistemas sociais que integram a sociedade moderna, bem como o problema da paralisia de um sistema político que não consegue processar o aumento da complexidade e da contingência de suas próprias funções constitucionais e sociais.”**



**E**ste breve artigo tem por objeto uma observação a partir da Sociologia do Direito dos fenômenos conhecidos como ‘judicialização da política’ e ‘politização do Direito’, os quais se apresentam como duas faces de uma mesma moeda.

O percurso analítico desenvolvido tomou por suporte teórico a teoria dos sistemas, na formulação jus-sociológica do polêmico sociólogo alemão Niklas Luhmann (1927-1998). O arcabouço teórico-conceitual do pensamento luhmanniano se apresenta muito útil como instrumento descritivo do quadro confuso de nossos tempos, no qual a crise do sistema político, como crise de legitimação e de representatividade, tem conduzido a impasses e paralisações das funções sistêmicas da política.

Como consequência dessa situação, têm crescido as percepções social e teórica de uma crescente politização da atividade jurisdicional.

Enquanto na linguagem corrente se fala da sociedade, como se cuidasse de ‘organismo’ aparentemente unitário, Niklas Luhmann (1993, p. 494-495) propõe que a sociedade se realiza por meio de sistemas sociais parciais (*teilsysteme*) que se diferenciam (*ausdifferenzierung*) por se ocuparem de funções sociais especializadas diante da necessidade de produzir soluções também especializadas para problemas sociais específicos, como meio de reduzir a alta complexidade dos tempos atuais.

Contudo, na concepção sociológica luhmanniana esses problemas são, antes de tudo, constituídos por meio da comunicação, já que por outra perspectiva a sociedade se apresenta como um grande sistema de comunicações.

Temos comunicações que se concentram em torno de núcleos de sentido (*sinnbegriff*), formando sistemas [sociais] funcionais que se especializam em aspectos e temas comunicativos, como no caso de temas ligados à licitude e ilicitude ou constitucionalidade e inconstitucionalidade, em que surge o sistema jurídico ou sistema funcional [social] do Direito. Além destes, há temas ligados ao exercício e aquisição do poder, como questões de governo *versus* oposição, além de tópicos ligados à escolha democrática de representantes do povo (sistema eleitoral), para os quais se apresenta o sistema da política.

Também na Sociologia Sistêmica luhmanniana se encontra o termo *autopoiese*, o qual foi formado pela junção de duas palavras gregas, *αὐτο* (por si) + *ποίησις* (produção ou criação), e é utilizado para postular teoricamente que os sistemas sociais se produzem, tratando *autopoiese* como um derivado do conceito de produção (LUHMANN, 1984, p. 40) atrelado ao termo “reprodução”.

O elemento central da reprodução autopoietica dos sistemas sociais reside na já analisada distinção entre sistema (*system*) e ambiente (*umwelt*). Luhmann chega a afirmar, em tradução livre, que “Obviamente a reprodução autopoietica não pode acontecer sem o ambiente” (LUHMANN, 1997, p. 67).

As informações passíveis de constituírem objeto de comunicação se tornaram tão multiformes e segmentadas na sociedade moderna que fizeram emergir a necessidade de sistemas sociais funcionalmente diferenciados – especializados – como subsistemas da sociedade voltados ao processamento e à redução da complexidade crescente no ambiente social.

Surge, assim, a concepção da sociedade funcionalmente diferenciada, acêntrica. Nesta moldura teórica, a sociedade passa a se constituir e atuar por meio de sistemas funcionais (diferenciação sistêmica), estabelecidos em face da necessidade de processar e filtrar as ‘informações’ multiformes de um ambiente social

altamente complexo, dando-lhes sentido a partir de quadros policontextuais para, com esse processamento, reduzir as cargas de informação de infinitas para finitas (LUHMANN, 1998, p. 1) e, assim, torná-las compreensíveis em contextos específicos (jurídicos, políticos, religiosos, econômicos, dentre outros). Deste modo, os subsistemas sociais atuam como núcleos de processamento de informações, como núcleos de sentido (*sinn*).

A construção autopoietica (autorreprodução) do sistema se liga de modo direto ao estabelecimento de limites (*grenzen*) entre sistema e ambiente (LUHMANN, 1997, p. 97), podendo ser traduzida de modo bastante simplificado como limites entre sistemas, pois cada sistema se apresenta como ambiente para outro, algo que está fora dele.

Sobre essa mesma questão dos limites sistêmicos que realizam a unidade autopoietica do sistema, Luhmann (1991, p. 29) enfaticamente registra que “A reprodução autopoietica do sistema produz a unidade do sistema e os limites deste”, os quais se constituem como limites de percepção do mundo, sendo que este para Luhmann não ostenta, do ponto de vista do sistema autopoietico, uma natureza ontológica, mas emerge como um incomensurável potencial de surpresas e de informações virtuais (LUHMANN, 1997, p. 46). Convém reproduzir o texto objeto da referência, também em tradução livre, em que Luhmann (1997, p. 46) registra que, para os sistemas de sentido:

[...] o mundo se apresenta como um imenso organismo que produz um estado de coisas a partir de outros estados de coisas, e que com isso se determinam os próprios sistemas. O mundo é antes um potencial ilimitado de surpresas; é informação virtual que, apesar disso, necessita de sistemas para gerar informação. Ou melhor, para dar o sentido de informação a certas irritações selecionadas. Como resultado, toda identidade deve ser entendida como resultado do processamento de informação [...].

Deste modo, o conceito de autopoiese em Luhmann serve para explicar a necessidade de preservação dos limites operativos (LUHMANN, 1984, p. 40) de cada sistema funcional da sociedade, o que, neste texto, envolve os limites de atuação da política e do Direito.

## **DISFUNCIONALIDADE DO SISTEMA DA POLÍTICA: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

A disfuncionalidade do sistema político associada às aporias do modelo da democracia representativa tem sido o motor da judicialização crescente de temas relacionados com o sistema político.

A judicialização da política tem dado grande parcela de contribuição ao aumento da demanda decisória do sistema jurídico. Demandas que passaram a incluir questões, litígios e controvérsias tipicamente políticas.

Exemplos claros desse fenômeno no Brasil atual foi bem acompanhado pela mídia no caso do recente *impeachment* presidencial. Neste singular caso, praticamente todas as mais sensíveis decisões componentes de um processo político de julgamento do presidente da República geraram a proposição de medidas judiciais das mais variadas perante o Supremo Tribunal Federal, a maior parte delas por partidos políticos.

Essa realidade surge como sintoma da incapacidade operativa – problemas na autopoiese – do sistema político de resolver autorreferencialmente (internamente)

as questões políticas por meio da formação de consenso, ainda que precário (regra da maioria), necessário a produzir decisões sobre as atribuições constitucionalmente acometidas ao Poder Legislativo, dentro da fórmula da separação dos poderes (art. 2º da CF).

A crise funcional do sistema político se manifesta de modo mais agudo na falta de (auto)reconhecimento e de (auto)observância dos próprios processos decisórios internos do Legislativo, bem como da própria legitimidade de seus procedimentos e de suas decisões, as quais são questionadas pelos membros do Parlamento fora dos procedimentos legislativos.

Assim, abriu-se o horizonte de autonegação do sistema político, o qual passa a ser socialmente percebido como déficit de legitimação e dificuldades de autorreferência e de autorreconhecimento de sua racionalidade operativa.

É bom observar que a operação dos corpos político-legislativos segue a racionalidade decisória do princípio da maioria, que sempre pressupõe um embate público de ideias e opiniões (como opções ideológicas, por exemplo), que por sua vez também não é absoluto em razão de ser contrabalançado por mecanismos internos de proteção das minorias parlamentares (como se vê na regra do § 1º do art. 58 da CF).

Mas a judicialização da política, a partir dos próprios membros dos corpos político-legislativos expõe o processo de corrosão interna da atividade política, podendo ser percebida como fenômeno de autonegação (perda da autorreferência) do sistema político, como sintoma grave de sua crescente paralisia e disfuncionalidade sistêmica, por deixar de cumprir sua função de produzir decisões coletivamente vinculantes (LUHMANN, 2000, p. 83-84), ao estabelecer de modo abstrato e geral finalidades públicas e políticas que, de modo típico, colocam diretivas à Administração pública, como subsistema da política. Na distinção entre política e Administração pública, assim como simultaneamente de sua imbricada relação, a partir do pensamento luhmanniano, o sistema social da política é concebido dentro da seguinte estrutura tridimensional (LUHMANN, 2010, p. 131-134; 2000, p. 253): (a) política (*politik*); (b) administração pública (*öffentliche verwaltung*); e (c) público (*publikum*).

Em outros termos, o problema da autopoiese e de seu fechamento operacional em torno de uma racionalidade política, fundada nos elementos binários de governo *versus* oposição, maioria *versus* minoria ou correligionário *versus* adversário político faz emergir a dificuldade de manutenção da diferenciação de sua racionalidade funcional em relação a outras racionalidades funcionais dispersas no ambiente social, tais como a jurídica, a religiosa e a estritamente econômica, com seus procedimentos próprios.

Os partidos políticos ou os membros dos corpos político-legislativos, ao submeterem as questões essencialmente políticas ao crivo do Poder Judiciário, por meio do ajuizamento das mais variadas ações, promovem o movimento autodestrutivo de autonegação de sua capacidade funcional em função de demonstrarem as suas incapacidades de resolver suas questões *interna corporis*, ou seja, judicializando a própria decisão política, fator que representa uma forma de renúncia à 'autoridade' de seus processos internos, previstos na Constituição dentro de sua esfera de autonomia

Essa 'busca' de uma solução externa para as suas dificuldades internas também pode ser interpretada como forma de oportunismo, que se caracteriza

pela transferência das responsabilidades pelas consequências de certas decisões a outro sistema da sociedade, no caso, o sistema jurídico, mais precisamente o Poder Judiciário.

Daí se inicia a judicialização da política, o resultado do mau funcionamento e de um certo grau de autorrenúncia ou incapacidade de fazer valer a função de produzir decisões coletivamente vinculantes (LUHMANN, 2000, p. 83-84), dotadas de abstração e generalidade, para fixar finalidades políticas, as quais, por outro lado, quando judicializadas podem colocar o direito em face do problema de sua legitimidade para fazê-lo (substitutivamente), mormente quando se confronta com um modelo de democracia representativa, com representantes eleitos pelo povo para o exercício precisamente de poder político (*politische macht* – LUHMANN, 2002, p. 118-168).

### **A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O RISCO DISFUNCIONAL DA POLITIZAÇÃO DO DIREITO**

Como reflexo da judicialização da política surge outro fenômeno ligado à percepção social de que, em certa medida, estaria a ocorrer a politização do Direito.

Deve ser feita, de início, a observação de que, ao menos *a priori*, não devam ser confundidas como ‘politização’ as decisões jurídicas fundadas na ideia do *judicial review*, ou seja, do controle judicial da constitucionalidade e legalidade de atos legislativos e administrativos, ainda que versem sobre regras jurídicas relacionadas à estrutura dos sistemas eleitoral e político-legislativo na Constituição e na legislação eleitoral. Isto porque neste quadro o sistema jurídico continua na esfera da racionalidade jurídica regida pelos códigos binários do lícito *versus* ilícito, constitucional *versus* inconstitucional, juridicamente válido *versus* juridicamente inválido. Ou seja, aqui o sistema do Direito se mantém na esfera da comunicação do “jurídico” aos outros sistemas sociais, enfim, à própria sociedade.

O problema se torna mais sensível quando a opinião pública passa a nutrir e disseminar a percepção de que o sistema judicial poderia estar decidindo politicamente questões jurídicas ou, então, que estaria reconhecendo como aceitável e possível o exercício do decidir questões intrinsecamente políticas, sob o pretexto de estar simplesmente ‘aplicando o Direito’.

A partir do pensamento luhmanniano poderíamos descrever uma tal conduta do Poder Judiciário como perda dos limites autorreferenciais operativos do Direito, o qual passaria a aplicar código binário ‘estranho’ em sua racionalidade decisória, como, no caso em estudo, a racionalidade do sistema político, com a racionalidade binária de: governo *versus* oposição, partidário *versus* adversário político, etc.

Por este prisma, a politização do sistema jurídico constituiria um problema de disfuncionalidade autopoietica (perda de autorreferência e da diferenciação funcional do Direito em face da política). Problema bastante sensível quando se cuidam das cortes constitucionais, as quais ao apreciarem questões constitucionais devem estar atentas a esse limite operativo ainda mais sensível, que decorre do fato de a Constituição se apresentar como um complexo acoplamento estrutural entre a política (sistema político) e o Direito (LUHMANN, 2002, p. 391). Daí o problema da percepção do risco da politização das decisões das cortes constitucionais, o que colocaria em xeque a imparcialidade política exigida e esperada destas instituições.

Ran Hirschl (2007), em relevante trabalho monográfico em que estuda as origens e as consequências do neoconstitucionalismo, chega a propor a ideia de que caminhamos rumo a uma juristocracia centrada nas funções cada vez mais ‘penetrantes’ da esfera estritamente política (auto)assumidas pelas cortes constitucionais em vários países, dentre eles o Brasil. Hirschl chama a atenção para o caso da Corte Constitucional de Israel, cujo protagonismo atraiu protestos políticos motivados por algumas de suas decisões (HIRSCHL, 2007, p. 62-65).

Concordamos com vários dos diagnósticos de Hirschl sobre os efeitos do neoconstitucionalismo e do crescente protagonismo das cortes constitucionais em questões políticas. Mas, para nós, representa um problema sistêmico, porque as prestações decisórias do sistema jurídico vêm perceptivelmente superando os limites de seu papel de estabilizar expectativas normativas, ao garantindo-as e condicionalizando-as por meio de programas jurídicos (procedimentos, regras e princípios propriamente jurídicos), ao adentrar com impressionante desenvoltura o campo de funções tipicamente políticas, chegando a atuar como ‘legislador positivo’ à guisa de interpretar princípios constitucionais, substituindo o legislador e o gestor público nas denominadas políticas públicas, etc.

O problema está no dever de o sistema judiciário, como organização estruturada dentro do sistema jurídico, dar-se conta dos riscos da adoção de decisões que assumem ou até mesmo desconsideram os limites políticos e financeiros no momento em que, sem a visão do todo, determina e impõe escolhas sobre políticas públicas que devam ser operacionalizadas em detrimento de outras (questão da prevalência ou urgência de uma política pública sobre outra) ou de uma gestão global das estruturas administrativas. Exatamente ao assumir por meio de decisões judiciais opções políticas ou tentativas de solucionar discursivamente simbolismos políticos (questões políticas e financeiras ainda sem possíveis soluções), interferindo, por exemplo, de modo forçado e *ad hoc* no modo e circunstâncias estruturais de execução específica de políticas públicas é que o Direito passa a assumir os riscos de consequências políticas dessas decisões ao se afigurarem inexecutáveis e ineficientes no plano prático, em um verdadeiro movimento alopoiético do sistema jurídico.

Na linguagem da teoria dos sistemas, em sua versão luhmanniana, talvez estejamos mesmo presenciando um arriscado processo de eventos de *alopoiese* em episódios decisórios que denotam a perda da autorreferência e da lógica reguladora do funcionamento do Direito, em que as cortes constitucionais (e de outros órgãos judiciários) e, por meio delas, o próprio sistema jurídico, passam a assumir os riscos inerentes aos programas e às finalidades tipicamente políticas. Esta observação não significa a defesa de que o sistema jurídico, por meio de suas organizações judiciárias, não possa exercer um ativismo autopoiético, no sentido de que, por meio da binariedade constitucional *versus* inconstitucional, ou, mais precisamente, da ideia da omissão ou inércia inconstitucional, exercer um papel proativo no cenário social, como garantidor de direitos e garantias individuais e coletivas.

Sobre a distinção entre *autopoiese* e *alopoiese*, Alex M. Andrew (1981, p. 157) esclarece que:

The autopoietic viewpoint recognizes the organization that appears autonomously within the system; characteristics resulting from interaction with an environment are termed

structure rather than organization. With this distinction, autopoietic systems are organizationally closed and can be described without reference to inputs or outputs. Systems that are not organizationally closed are termed allopoietic.

Cuida-se, no caso do sistema jurídico, de uma lógica excludente, por exemplo, da lógica do poder (*macht*) e da função político-partidária do sistema político. Marcelo Neves (2007, p. 241) chega a falar em “corrupção sistêmica” quando a lógica de um sistema passa a ser aplicada indiferenciadamente por outro, na forma de uma alopoiese.

Este cenário indica a possibilidade da geração de disfuncionalidades gravíssimas, naquilo que denominamos ativismo judicial alopoiético (VIANA, 2017, p. 451-452).

Contudo, apesar de todos os eventuais fatores negativos que atualmente têm maculado a atividade política, deve-se ter em mente a relevância da função social tipicamente política relacionada à produção legislativa. Isto é oportunamente ressaltado por Jeremy Waldron (1999), pois ao falar da dignidade da legislação este autor chega a apontar que a visão negativa da atividade (político-)legislativa traz consigo uma visão idealizada da atividade judicial (WALDRON, 1999, p. 2), que merece ser questionada e colocada em perspectiva teórica.

Ao questionar-se a visão idealizada da atividade judicial devemos sempre ter em mente o contexto da necessidade funcional de o Direito exercer seu papel sistêmico de generalizar de modo congruente as expectativas normativas na sociedade, sem cruzar a fronteira da política e dedicar-se a produzir decisões coletivamente vinculantes (LUHMANN, 2002, p. 83-84), ou seja, passar a estabelecer de modo abstrato e geral finalidades políticas, as quais podem colocar o Direito em face do problema de sua legitimidade para fazê-lo em lugar da política. Neste ponto deve-se tomar em conta sempre o modelo de democracia representativa (parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988), com representantes eleitos pelo povo, para o exercício precisamente de poder político (LUHMANN, 2002, p. 118-168).

Daí o problema da politização das decisões judiciais, quando estas passam a ser percebidas como mecanismos de indevida substituição do sistema político no exercício de decisões que lhe são típicas, ou seja, reservadas pela Constituição, muito mais grave quando representa a interferência judicial em questões *interna corporis* das estruturas constitucionais políticas (Legislativo e Executivo).

Não sem razão neste cenário, a importância da doutrina do *judicial self-restraint* (autocontenção) do Poder Judiciário no sistema do *common law* estadunidense, que teve no juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935)<sup>1</sup> um de seus maiores defensores.

Uma coisa é o controle judicial da constitucionalidade e da legalidade dos produtos legislativos, outra coisa é a substituição das escolhas políticas, dentro dos limites das opções toleráveis em termos constitucionais, por escolhas supostamente melhores feitas pelo sistema judicial, por meio de decisões judiciais, o que não se mostra compatível com o modelo da separação e harmonia dos poderes do Estado (art. 2º da Constituição de 1988).

Também é inaceitável o controle moral das atividades políticas por meio de decisões judiciais, o que representa uma disfuncionalidade grave nas atividades e funções do sistema jurídico.


Estas duas situações emergem como sintomas sérios da politização do Direito.

## NOTAS CONCLUSIVAS

Pela necessária concisão deste texto, não foi possível explorar com grande profundidade o tema complexo da judicialização da política e da politização do Direito, mas esperamos ter logrado despertar o leitor para o fato de que a crise dos Poderes é um problema sistêmico e que precisa ser interpretado a partir de perspectivas teóricas, podemos assim dizer, não tradicionais, como a teoria dos sistemas na Sociologia de Niklas Luhmann.

Mas a conclusão que propomos aqui é a de que a judicialização da política e a politização do Direito são fenômenos correlatos, cara e coroa de uma mesma moeda, que trazem à tona a discussão dos limites funcionais e operativos dos sistemas sociais que integram a sociedade moderna, bem como o problema da paralisia de um sistema político que não consegue processar o aumento da complexidade e da contingência de suas próprias funções constitucionais e sociais.

De outro lado, o problema de um sistema jurídico sobrecarregado, que não se dá conta de suas limitações e, por isso, acaba por assumir riscos inerentes a decisões políticas que não se inserem em suas funções típicas, como meio de aumentar seu campo de influência e de prestígio social, no fim das contas pode contribuir para a atração das insatisfações sociais para o Poder Judiciário em uma sociedade caracterizada pela fragmentação e pela diversificação de expectativas políticas.

Em suma, a judicialização da política e a politização do Direito são vislumbradas como graves riscos de disfuncionalidade em dois sistemas sociais importantes, o da política e o do Direito. Perde a política, perde o Direito, perdemos todos nós! 

## NOTA

- 1 A propósito, leia-se a interessante revisão crítica de Brian Z. Tamanha sobre o livro de Frederic Kellog sobre Holmes Jr. Disponível em: <<http://ndpr.nd.edu/news/oliver-wendell-holmes-jr-legal-theory-and-judicial-restraint/>>.

## REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Alex M. *Autopoiesis, a theory of living organizations*. Nova York: Elsevier North Holland, 1981.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequence of the new constitutionalism*. Harvard University Press: Cambridge, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Observations on modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Die Politik der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Politische Soziologie*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt, 2010.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge University Press: Cambridge, 1999.
- VIANA, Ulisses Schwarz. *A jurisdição constitucional e seus limites autopoietico*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JR., Nelson (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck*. GZ Editora: Rio de Janeiro, 2017.



**ULISSES SCHWARZ VIANA** é Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pela Escola de Direito de Brasília/Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor na Graduação da Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP) e da Pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

# O protagonismo do Poder Judiciário no Brasil

■ POR GUSTAVO CALÇADO



**“Foi verificado, reconhecidamente, haver protagonismo do Poder Judiciário no Brasil, e isso se dá em virtude de várias condicionantes, que vão desde a própria estrutura da jurisdição constitucional ao longo do tempo até questões circunstanciais momentâneas pelas quais o Brasil passa.”**

**B**uscando trabalhar as causas que levariam ao protagonismo judicial no Brasil, identificar rapidamente pelo menos dois ou três motivos não conduziria a um esgotamento intelectual. Entretanto, antes de tratar por menor tais razões é preciso direcionar nossa análise a outro fenômeno: a judicialização da política.

Não são raras as oportunidades em que judicialização da política e ativismo judicial estão inseridos em um mesmo fórum de debate, por vezes tratados como se fossem expressões de mesmo significado. Contudo, preliminarmente, importa refletir sobre os termos e os distinguir conceitualmente.

Direito e política deveriam conter-se cada qual em um espaço próprio de existência. Em que pese tal realidade inexistir, no atual Estado Constitucional Democrático, inevitavelmente, eles dialogam entre si em uma autocomposição que, apesar de não ser tão harmônica, é importante na construção e no amadurecimento das instituições. Norberto Bobbio, para quem o termo “política” sofreu mudanças conceituais ao longo do tempo, hoje substituído pouco a pouco por outras expressões, tais como “ciência do Estado”, “doutrina do Estado”, “ciência política”, “filosofia política”, ajuda a compreender melhor o conceito ao afirmar que a:

[política] passou a ser comumente usado para indicar a atividade ou conjunto de atividade que, de alguma maneira, têm como termo de referência a *pólis*, ou seja o Estado. Dessa



atividade a *pólis* é, por vezes, o sujeito, quando referidos à esfera da Política atos como o ordenar ou proibir alguma coisa com efeitos vinculares para todos os membros de um determinado grupo social, o exercício de um domínio exclusivo sobre determinado território, o legislar através de normas válidas *erga omnes* (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 954).

Entretanto, em suas origens, o termo “política” foi conceituado por Aristóteles há mais de dois mil anos como um conjunto de estudos tendentes a construir o bem-estar coletivo. Segundo o filósofo da Era Clássica da filosofia, o homem é um animal político tendencioso a viver em sociedade. Nesse sentido, a finalidade da política seria investigar mecanismos de governo pelos quais se contribuiria para a felicidade coletiva.

Uma válida contribuição ao tema é encontrada na obra de Alysson Mascaro, intitulada “Estado e Forma Política”, para quem diferentes teorias políticas são encontradas em diferentes recortes históricos na evolução da humanidade. Ademais, Mascaro aponta um descompasso entre a teorização e a realidade social, quando explica que:

Em poucos momentos do passado encontram-se teorias políticas próximas de uma explicação mais concreta da realidade social. As condições da vida social nas pólis gregas, ao tempo da democracia, permitiram um avanço teórico a respeito da relação entre política e sociedade, como se pôde ver em Platão e, mais ainda, com Aristóteles (MASCARO, 2014, p. 9).

Mesmo com os importantes apontamentos acima não é possível referir-se à política sem a construção de um conceito que deixe de considerar tal ciência uma forma de exercício de poder. Bobbio estreita a relação entre política e poder, lembrando Hobbes, ao definir política como algo consistente nos meios adequados à obtenção de qualquer vantagem.

Hobbes discorreu sobre a indispensabilidade do uso do poder nos Estados a partir do momento que o homem resolveu se organizar socialmente e afirmou que:

A causa final, fim ou designo dos homem (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temos à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais (HOBBS, 2012, p. 136).

Indubitavelmente, se política se relaciona intimamente com poder, em tempos modernos e pós-modernos, em especial, o poder é exercido por atos políticos que visam a conduzir a vida das pessoas a determinados comportamentos sociais. Portanto, o conceito de política seria um processo de priorização de interesses por meio do qual decisões são tomadas.

O conceito de Direito, semelhante ao da Política, guarda várias versões e múltiplos olhares que não permite, neste estudo, esmiuçá-los. Entretanto, o conceito Direito que mais se aproxima da ideia de Política é, sem dúvida, aquele ligado ao aspecto normativo, isto é, a norma jurídica como instrumento de coerção

político-social, a relevância do princípio da supremacia da lei e respeito aos direitos fundamentais. Bobbio nos acrescenta com a conceituação de que:

[...] o caráter específico do ordenamento normativo do Direito em relação às outras formas de ordenamentos normativos, tais como a moral social, os costumes, os jogos, os desportos e outros, consiste no fato de que o Direito recorre, em última instância, à força física para o respeito das normas, para tornar eficaz, como se diz, o ordenamento em seu conjunto, a conexão entre Direito entendido como ordenamento normativo coativo e política tornar-se-ão estreita, que leva a considerar o Direito como o principal instrumento através do qual as forças políticas, que têm nas mãos o poder dominante em uma determinada sociedade exercem o próprio domínio (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 349).

Admitindo a política como um movimento de tomada de decisões prioritárias e o Direito como mecanismo hábil a conduzir comportamentos, resta à norma o papel de instrumentalizar o sistema por meio da adequação ao interesse daqueles que detêm o poder de governar.

A proposta da violência trabalhada por Walter Benjamin e interpretada por Jacques Derrida em “Escritos sobre Mitos e Linguagens e Força de Lei”, o primeiro escrito em 1921, em um cenário varrido pela Primeira Grande Guerra, descreve, em uma perspectiva judaica, o exercício da violência pelo Estado que instaura e conserva o Direito. Já o segundo, de 1989, foi resultado de uma conferência da qual participou Derrida (2007) nos Estados Unidos. O conceito de violência pertence à ordem simbólica do direito, da política e da moral – de todas as formas de autoridade ou de autorização, ou pelo menos de pretensão à autoridade (DERRIDA, 2007).

Benjamin distingue duas violências do direito: a violência fundadora, que instaura e institui o direito e a violência conservadora; e aquela que mantém, confirma e assegura a aplicabilidade do direito. Nesse contexto, importante é direcionar o pensamento benjaminiano com relação à violência. Ele objeta a proposta do estudo da violência não como finalidade, mas sim como meio para fins, justos ou injustos. As tradições jusnaturalistas e positivistas partem de um mesmo pressuposto, qual seja, identificar meios justificados para fins justos. A primeira, jusnaturalista, justifica um fim justo se o meio for natural, e a tradição positivista busca dar legitimidade ao meio.

Percebe-se que a tradição positivista encontra no sistema normativo o meio para o exercício da violência, tornando o que estiver na lei é justo e legítimo, independente do fim. Se a violência for exercida de forma individual ela será encarada como ameaça à ordem instituída. Daí se pode observar o interesse do direito em instituir-se e manter-se. Ao reprimir as violências particulares que contradizem seu próprio interesse, o direito afasta a ameaça e mantém, de forma exclusiva, prevalência do seu interesse, sem se preocupar em proteger fins justos, mas o próprio direito.

Portanto, diante do que foi dito, o sistema normativo é construído segundo interesses políticos, o direito não se separa da política no plano de criação das normas jurídicas. Contudo, o diálogo entre Política e Direito não se limita ao processo legislativo, mas também ao campo da aplicação da norma. Nesse contexto, o Poder Judiciário exerce parcela do poder político, interpretando as leis e aplicando o Direito. Conforme a lição de Abboud:

Dessa concepção, dois equívocos principais são derivados, dentre eles a ideia de que o sentido de um dispositivo legal (texto normativo) é unívoco, tendo caráter anistórico e atemporal. O segundo equívoco consiste no caráter transparente da norma, que encara a atividade interpretativa como simples extração de significados que já se encontram no interior da norma, reduzindo a atividade interpretativa a um trabalho meramente reproduzido de sentidos a ser determinados pelos métodos tradicionais de interpretação jurídica (ABBOUD, 2012, p. 65).

No Brasil, diferentemente da França, o Judiciário assume um *status* de poder instituído, estruturado em um plano de igualdade com os demais poderes do Estado, quais sejam, Legislativo e Executivo. Tal realidade confere ao Judiciário brasileiro a atribuição de anular atos do Executivo por interpretá-los como ilegais, a exemplo do embargo de uma obra pública por questões ambientais, assim como obrigar o Estado a custear o tratamento médico de um cidadão no exterior. De igual forma, o Judiciário atua politicamente quando se vê em situações em que seja obrigado a decidir matérias não previstas em lei. Foi assim na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O mesmo ocorreu na ocasião em que foi julgada procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, conferindo interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é conduta tipificada no Código Penal.

## **ASCENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

O protagonismo do Poder Judiciário no Brasil, sobretudo na última década, se revela fundado em alguns fatores de natureza estrutural e circunstancial. Estruturalmente, as bases da jurisdição constitucional brasileira encontram guarida, em certa parte, no sistema norte-americano e, noutra parcela, no sistema romano/germânico.

Há fortes razões para uma maior influência do sistema norte-americano de jurisdição constitucional sobre a sistemática adotada no Brasil. A própria ideia do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, isto é, do juízo de compatibilidade da legislação ordinária com a Constituição, surgiu primeiramente nos Estados Unidos da América, consolidando-se por ocasião do julgamento do caso *Marbury versus Madison* em 1803. (MARIANO, LIMA, <https://siaiap32.univali.br//seer/>, em 23 de novembro de 2017, p. 177)

Noutra ponta, o citado estudo traduz a influência europeia/germânica na estruturação criada por Kelsen (sistema austríaco) de jurisdição constitucional:

[...] Kelsen criou um modelo de controle de constitucionalidade compatível com a cultura romano-germânica, atribuindo a um órgão especializado, a que denominou de Tribunal Constitucional, a fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis. A peculiaridade do sistema austríaco/europeu é que esse órgão encarregado do exercício da jurisdição constitucional não faz parte da estrutura do Poder Judiciário, como ocorre no sistema norte-americano. (MARIANO, LIMA, <https://siaiap32.univali.br//seer/>, em 23 de novembro de 2017, p. 179)

Percebe-se que a jurisdição constitucional brasileira assimila a estrutura norte-americana do controle difuso de constitucionalidade sobre o qual se permite juizes de instâncias inferiores analisarem inconstitucionalidades de leis, podendo a demanda chegar às portas do STF, além de absorver em parte a estrutura kelsiana, na parcela em que atribui à corte constitucional a competência para deliberar originalmente sobre ato normativo eventualmente contrário à Constituição. Ao incluir a corte constitucional na estrutura do Poder Judiciário, estar-se-ia a conferir, de certa forma a este órgão, uma atividade legislativa, pois delibera sobre a validade de atos normativos debatidos pelo Poder Legislativo.

Daí decorre a função contramajoritária nas decisões da suprema corte brasileira no momento em que anula atos normativos construídos no exercício da atividade legiferante. De acordo com o estudo de Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima:

A atividade estatal exercida pelo Tribunal Constitucional mais se assemelharia, então, dadas essas características, à atividade legislativa, porque, ao declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade em abstrato da norma, essa instância emite um juízo sobre o direito objetivo, afirmando a validade de uma norma ou determinando sua retirada do mundo jurídico, funções essas de natureza tipicamente legislativa. Se a atividade é de natureza legislativa, as decisões do Tribunal Constitucional são, portanto, atos legislativos, e, enquanto tal, devem obedecer aos princípios da irretroatividade das leis e de respeito aos direitos adquiridos. (MARIANO; LIMA, 2017, p. 180)

Portanto a estrutura jurisdicional fundada nos termos apontados alhures contribui para o protagonismo do Poder Judiciário no Brasil. Neste contexto, o sistema francês ganha importância em razão das experiências históricas daquele país e por força de uma ideologia liberal revolucionária cujo marco histórico se deu no final do século XVIII e o apogeu durante o século XIX, levando a França a merecer “um destaque à parte no cenário europeu” (SAMPAIO, 2002, p. 300). Segundo Cerqueira:

[...] as atribuições do constitucionalismo francês no século XIX, decorrentes das transformações sociais operadas no país, o surgimento de correntes liberais, democráticas e socialistas e sua influência na história das instituições políticas, inclusive entre nós, justificam, tanto quanto possível, um exame mais detido do nascimento e da evolução do Direito Constitucional francês, que irá caracterizar por um constitucionalismo escrito, codificado, revolucionário e rígido, correlacionado com parlamentarismo, pluripartidarismo, plebiscitória cesarista, instabilidade governamental e semipresidencialismo (CERQUEIRA, 2006, p. 111).

Na cultura política francesa o papel fiscalizador do Parlamento é sobrelevado e o Judiciário não é propriamente um poder. Curiosamente, este último não possui a prerrogativa de anular atos de governo e não desempenha atividades de controle de constitucionalidade de atos normativos. Entendido como uma autoridade independente, o juiz resolve conflitos locais privados e quase nenhuma intervenção na seara pública.

O controle de constitucionalidade de leis é desempenhado por um conselho constitucional independente, de natureza consultiva, com competências restritas e excepcionais. Tal colegiado foi instituído na IV República francesa, em 1946, sobre o qual recaia a análise prévia da inconstitucionalidade de leis. Segundo Cerqueira:

Com o objetivo de defender a Constituição de reforma pela via indireta da lei ordinária, poderá ser acionado o já citado *Comitê Constitucional* presidido pelo presidente da república. (“O Comitê Constitucional examina se as leis votadas pela Assembleia nacional supõem revisão da Constituição.”) [...] em seguida, o Comitê se esforçará no sentido de alcançar um acordo entre a Assembleia Nacional e o Conselho da República. À falta de êxito no entendimento, o Comitê decide sobre a constitucionalidade da lei em questão no prazo de cinco dias de iniciado o processo, prazo que se reduzirá a dois dias em caso de urgência. Se o Comitê entender que a lei implica revisão à Constituição, ela é reenviada à Assembleia para nova deliberação. Se o parlamento mantiver sua posição, a lei tramitará como emenda constitucional (CERQUEIRA, 2006, p. 178).

A primeira reação após a sucinta análise do Conselho Constitucional francês seria adaptá-lo à realidade brasileira de modo a minimizar o protagonismo judicial por aqui. Entretanto, moldar a estrutura jurisdicional francesa à história constitucional do Brasil não se resume a uma simples substituição de suas bases. Circunstâncias de ordens jurídica, cultural, política e social não permitiriam o encaixe das peças, sobretudo devido à super valorização que os franceses atribuem ao Parlamento, entendendo-o como órgão mais importante na atividade fiscalizadora, e ao sentimento hostil à ideia de admitir controle de constitucionalidade sobre a legislação.

Somada à estrutura jurisdicional brasileira, que naturalmente contribui para o protagonismo judicial, algumas circunstâncias de momento alimentam sobremaneira essa tendência. O país vive o que alguns analistas chamam de “apagão do Legislativo”. De forma mais polida, o Poder Legislativo brasileiro é mal prestigiado, está desacreditado por grande parcela da população, para quem deputados e senadores atendem interesses de seus apadrinhados e financiadores de suas campanhas eleitorais, em total descompasso com as causas de interesse do povo.

Os fatos investigados pela Polícia Federal, em especial a Operação Lava Jato, envolveram, indiscriminadamente, grandes figuras da política nacional e evidenciaram um esquema organizado de estruturação e de manutenção de poder na alta cúpula dos governos. O ambiente palaciano evidencia um jogo das oligarquias. Segundo Jacques Rancière:

A “sociedade democrática” é apenas uma pintura fantasiosa, destinada a sustentar tal e tal princípio do bom governo. As sociedades, tanto no presente quanto no passado, são organizadas pelo jogo das oligarquias. E não existe governo democrático propriamente dito. Os governos se exercem sempre da minoria sobre a maioria. Portanto, o “poder do povo” é necessariamente heterotópico à sociedade não igualitária, assim como ao governo oligárquico. Ele é o que desvia o governo dele mesmo, desviando a sociedade dela mesma. Portanto, é igualmente o que separa o exercício do governo da representação da sociedade” (RANCIÈRE, 2014).

A população brasileira viu-se vitimada e, sobretudo, subjugada pela classe política, que teria, em tese, a nobre tarefa de representação dos interesses gerais.

Esse jogo das oligarquias, nas palavras de Jacques Rancière, permite extrair dois elementos em uma situação cíclica. O primeiro elemento diz respeito ao desinteresse da classe política em estimular a participação popular como estratégia de manutenção de poder. O segundo elemento, reflexivo, é a apatia, a renúncia e a submissão do povo. Já para Thoreau:

[...] os governos demonstram até que ponto os homens podem ser enganados, ou enganar a si mesmos, para seu próprio benefício. Isto é excelente, devemos concordar. E, no entanto, este governo, por si só, nunca apoiou qualquer empreendimento, a não ser pela rapidez com que lhe saiu do caminho (THOREAU, 2016).

Todo esse contexto leva a um problema de representatividade popular, de tal sorte que passa a ser objeto de reflexão a adoção de medidas jurídicas que permitam maior participação popular no controle e na fiscalização das condutas dos agentes políticos. Qualquer mecanismo jurídico que confira maior autonomia ao povo valoriza a soberania popular e os princípios republicanos e democráticos. Segundo Del Negri:

Convém lembrar, que, no Brasil, as decisões de comando da administração governativa (Estado) são praticadas à revelia da vontade geral. O certo é que um dos componentes da sociedade jurídica que vai designar a existência de um Direito democrático é a possibilidade de abertura a que a administração governativa se permite oferecer no compartilhamento dos atos decisoriais. Daí, inaceitável esse atual comportamento do Estado brasileiro de ausência de plebiscitos e referendos para consultar os cidadãos sobre o interesse de medidas de interesse nacional (DEL NEGRI, 2016).

Considerando o lamentável fato de o povo brasileiro sustentar historicamente uma apatia reivindicatória de direitos ou uma dormência militante, embora, recentemente, estejamos a notar o início de uma nova era, em especial nos anos 2013 e 2016, a razão transformadora da sociedade parece dar novas esperanças às gerações futuras.

Acreditando ser uma fase de transição pela qual o Brasil passa, a crise generalizada que assola o Poder Legislativo e o Poder Executivo transfere ao Poder Judiciário o mesmo protagonismo que os justiceiros dos filmes de velho Oeste norte-americano e, inegavelmente, como uma onda de sentimentos movida por mudanças e transformações, contamina os tribunais e os juízes. Segundo a lição de Bauman:

Como se pode ver, “crise”, em seu sentido próprio, expressa algo positivo, criativo e otimista, pois envolve mudança e pode ser um renascimento após uma ruptura que indica separação, com certeza, mas também escolha, decisões e, por conseguinte, a oportunidade de expressar uma opinião. Num contexto mais amplo, a noção adquire sentido de maturação de uma nova experiência, a qual leva a um ponto de não retorno (tanto no âmbito pessoal quanto no histórico-social). Em resumo, a crise é o fator que predispõe à mudança, que prepara para o futuros ajustes sobre novas bases, o que absolutamente não é depressivo, como nos mostra o atual impasse econômico (BAUMAN, 2016, p. 11)

Com as experiência adquire-se a maturidade. É o que se espera da sociedade brasileira, que ganha uma nova oportunidade pelo processo eleitoral que se aproxima. Indiscutivelmente, a baixa qualidade dos parlamentares que ocupam as casas do Congresso Nacional contribui para um Legislativo apagado e sem grandes transformações somado a um sistema eletivo que não prestigia a representatividade eleitoral.

Em 20 de abril de 2016, a edição brasileira do jornal *El País* publicou matéria da autoria do jornalista Afonso Benites, cujo título trazia uma indagação, “Dos 513

deputados na Câmara do Brasil, só 36 foram eleitos com votos próprios. Por quê?”, da qual um trecho destacamos:

A resposta pode chocar muita gente, mas a verdade é que a grande maioria não foi eleita com votos diretos de seu eleitor. Apenas 36 dos deputados federais brasileiros eleitos em 2014 conseguiram os votos de urnas necessários para obter uma das 513 cadeiras da Câmara na atual legislatura. Isso quer dizer que só 7% dos parlamentares superaram o mínimo necessário de votos – o chamado quociente eleitoral – para garantir um espaço na Casa legislativa, o mesmo número da eleição de 2010.

Tratar das mazelas do sistema eleitoral brasileiro daria um outro estudo e, por isso, não será abordado com profundidade aqui, mas o apontamento para fins de reflexão é válido como provocação aos leitores.

### **A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL**

Há uma distinção entre duas expressões que, não raras vezes, são tratadas como sinônimas em fóruns de debates. A *judicialização* é um fenômeno pelo qual se observa uma parcela do poder político (econômico, social, moral em larga escala) sendo transferido das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Contudo, identificar os motivos que levam a essa passagem será o objeto de análise por ora.

O marco histórico a partir do qual se pode identificar o momento inicial da presença do fenômeno da judicialização seria o início do século XX, em especial no período pós Segunda Guerra Mundial. Vivenciava-se naquele período histórico uma nova perspectiva de valores, tendo o Estado a função de provedor de direitos. Surgiu a perspectiva positiva dos direitos fundamentais, exigindo do Estado uma atividade prestacional. Conforme a lição de Barroso:

Com o desenvolvimento das ideias socialistas, o constitucionalismo ocidental dá início à tentativa de juridicização do processo econômico e social, nas experiências pioneiras da Constituição mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919. Seria exagero proclamar o êxito dessas Cartas e de outras que lhes seguiram a inspiração, a despeito da grande evolução havida. É que os direitos individuais e políticos, consolidados pelo liberalismo, impunham ao Estado, basicamente, deveres de abstenção, ao passo que os novos direitos econômicos-sociais exigem prestações concretas para serem satisfeitos, e, portanto, são de realização muito mais difícil (BARROSO, 2009, p. 69).

Não fica difícil perceber a nova conjuntura normativa constitucional que exigia uma presença mais ostensiva do Estado, sobretudo na concretização de direitos na criação de “deveres objetivos” ou “tarefas estatais”, sem um correlativo Direito subjetivo. (SAMPAIO, 2013, p. 582)

Para prover direitos o Estado viu-se demandado à inovações e indubitavelmente isso traz custo aos cofres públicos, sobretudo nos países marcados por profundas desigualdades sociais, como o Brasil. Segundo Canotilho:

Hoje, como ontem, os direitos sociais, econômicos e culturais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, muito dinheiro. Por isso, logo nos começos da década de 70, P. Häberle formula a ideia de ‘reserva de caixas financeiras, para exprimir a ideia de que os

direitos económicos, sociais e culturais estão sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que elas consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos (CANOTILHO, 2008, p. 106).

Há um empenho por meio de políticas públicas à materialização de direitos, entretanto a máquina administrativa é falível. O quadro de insatisfação e de pouca efetividade dos direitos fundamentais leva ao fenômeno da judicialização.

Somado à busca da garantia de direitos, a progressiva desilusão da política e a incapacidade do Poder Legislativo produzir o consenso e, conseqüentemente, a normatização dos conflitos sociais, cabe ao Poder Judiciário resolver o problema, existindo ou não norma regulamentadora.

Outro fator particularmente brasileiro contribui para a ascensão das demandas judiciais, especialmente perante ao STF. O sistema normativo brasileiro consolidado sob a proteção de uma Constituição analítica ajuda a constitucionalizar demandas, conseqüentemente, judicializá-las.

Portanto, a judicialização no Brasil é um fenômeno construído pelo arranjo institucional composto de um sistema normativo exigente e ao mesmo tempo inflacionado com relação a constitucionalização de direitos.

O ativismo judicial não é o mesmo que judicialização. Este, como apontado alhures, é um fato, já aquele pressupõe uma ação, uma atitude, um modo expansivo de interpretar a Constituição Federal, levando-a a situações não contempladas pelo constituinte originário. Ao construir uma relação entre ambos, o ativismo judicial depende da judicialização, mas nem sempre quando há judicialização haverá ativismo.

O STF tem se mostrado proativo em algumas matérias, a exemplo da ADI 5081, de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso, em que tinha como objeto o dever de fidelidade partidária sob pena de perda do cargo, conforme se lê no trecho da matéria publicada no site do STF, intitulada “Perda do mandato por troca de partido não se aplica a eleições majoritárias”, a seguir:

A falta de previsão explícita na Constituição Federal (CF) de perda do mandato no caso de infidelidade partidária para cargos do sistema majoritário, para o ministro, deve trazer a consequência de que só se pode impor a perda do mandato se decorrer de maneira inequívoca da Constituição. “No sistema proporcional, existe fundamento constitucional bastante consistente para que se decreta a perda de mandato. Mudar de partido depois de eleito é uma forma de frustrar a soberania popular”, afirmou. Já no sistema majoritário, o relator entende que a regra da fidelidade partidária não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor. “Portanto, a perda do mandato não é um corolário da soberania popular”, disse. O relator votou pelo provimento da ADI 5081. “Se a soberania popular integra o núcleo essencial do princípio democrático, não se afigura legítimo estender a regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário, por implicar desvirtuamento da vontade popular vocalizada nas eleições. Tal medida, sob a justificativa de contribuir para o fortalecimento dos partidos brasileiros, além de não ser necessariamente idônea a esse fim, viola a soberania popular ao retirar os mandatos de candidatos escolhidos legitimamente por votação majoritária dos eleitores”, declarou o relator.

Outra demanda ativista do STF pode ser observada em decisão em sede da ADPF 54, que tratava sobre a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, de relatoria do



ministro Marco Aurélio. Ausente instrumentos normativos que regulamentassem a matéria, a Suprema Corte brasileira inovou, quase em uma atitude legiferante, conforme se extrai da leitura do trecho da matéria intitulada “ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes”, a seguir:

O ministro Gilmar Mendes foi o sétimo a votar pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, em análise pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Ele considerou a interrupção da gravidez de feto anencefalo como hipótese de aborto, mas entende que essa situação está compreendida como causa de excludente de ilicitude, já prevista no Código Penal, por ser comprovado que a gestação de feto anencefalo é perigosa à saúde da gestante.

No entanto, o ministro ressaltou ser indispensável que as autoridades competentes regulamentem de forma adequada, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia a fim de “conferir segurança ao diagnóstico dessa espécie”. Enquanto pendente de regulamentação, disse o ministro, “a anencefalia deverá ser atestada por, no mínimo, dois laudos com diagnósticos produzidos por médicos distintos e segundo técnicas de exames atuais e suficientemente seguras”.

Não é saudável que se estimule o ativismo judicial, pois evidencia uma negligência do Poder Legislativo, além de o transferir ao juiz, nem sempre o mais qualificado para resolver a matéria. Em que pese o notório saber técnico jurídico dos ministros da Suprema Corte, estes são demandados por assuntos que não compõem sua realidade diária, a exemplo da pesquisa de células tronco.

Tomando as lições de Peter Häberle (1997), para quem sempre acreditou ser um equívoco interpretar a Constituição sobre a ótica somente daqueles que lidam com o texto (juizes e tribunais), pois restringe a atividade interpretativa, o autor defende um diálogo aberto com os verdadeiros viventes do texto magno, ou seja, o povo. Já Mendes, Coelho e Branco lecionam que:

A luz dessa concepção, a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e descontinuidade, só assim, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Häberle (1997) propõe a ideia de um tribunal social, não no sentido de ensejar o esmaecimento gradativo da Constituição, pois a interpretação aberta demais coloca em risco o próprio alicerce estatal, sendo oportuno que se tenha em mente a soberania constitucional e o respeito aos princípios norteadores do Estado. A proposta permite entender que a interpretação constitucional, na ótica haberliana, admite alternativas, além de contribuir para uma melhor adaptação do texto à evolução de uma sociedade diversificada, heterogênea e plural.

Algumas discussões levadas ao Supremo têm sido assistidas com interesse pela sociedade, graças ao acesso mais facilitado ao sistema. A demanda que envolveu o debate sobre a autorização para pesquisas com células-tronco envolveu o país, com a cobertura de toda a imprensa e acompanhada por muita gente. A matéria foi tratada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 DF, em 20 de abril de 2007. Na ocasião, foi realizada a audiência pública com a presença de cientistas,

médicos, pacientes, religiosos, eclesiásticos e interessados, que certamente contribuíram para um amadurecimento da questão e proporcionaram uma decisão mais próxima da realidade discutida, em 29 de maio de 2008, pela constitucionalidade da norma que permitia a manipulação. Neste sentimento, o STF minimizou o peso que recai sobre os ombros dos ministros que conhecem sobremaneira matérias jurídicas, mas estão alheios a outros conteúdos.


## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi verificado, reconhecidamente, haver protagonismo do Poder Judiciário no Brasil, e isso se dá em virtude de várias condicionantes, que vão desde a própria estrutura da jurisdição constitucional ao longo do tempo até questões circunstanciais momentâneas pelas quais o Brasil passa.

Sobre os aspectos estruturantes, verificou-se as escolas pelas quais a jurisdição nacional buscou fincar suas bases. Descobriu-se um sistema misto adotado no Brasil, parte dele com origem norte-americana, em especial relacionado ao controle difuso de constitucionalidade, doutra banda uma parcela tomada do sistema jurisdicional germânico, no qual se permite a provocação originária da Corte Constitucional pela via da ação direta. Ainda neste ponto, trouxemos a curiosa experiência francesa de seu Conselho Constitucional de notáveis.

Observou-se que algumas circunstâncias momentâneas de conjuntura política que contribuem para o destaque do Poder Judiciário, quando comparado aos demais poderes instituídos. Foi chamado de “apagão” do Legislativo um conjunto de acontecimentos que contribuem para o descrédito parlamentar. O processo de corrupção generalizada levado à tona pela Lava Jato evidencia a rede de interesses aliando o Poder público e grandes empreiteiros financiadores das campanhas eleitorais, de tal sorte que fragiliza o sistema representativo em função do esforço legislativo ser direcionado a atender a demandas específicas e pessoais. Foi tratada a pouca representatividade do Parlamento brasileiro, favorecido pelo sistema proporcional de eleições.

O presente artigo permitiu tratar da distinção entre judicialização e ativismo judicial, quase sempre tratados como sinônimos. O primeiro consiste em um processo de transferência de parte do Poder político ao Poder Judiciário. Verificaram-se os motivos que levariam a esse fenômeno: a realidade dos direitos fundamentais de segunda geração que conferiu ao Estado, no início do século XX, o papel de provedor de direitos, ao mesmo tempo que se considerou a máquina administrativa falível, não conseguindo suprir as demandas sociais, sobretudo nos países onde a desigualdade social é discrepante. Isso contribuiu com o inchaço de demandas no Judiciário, conseqüentemente exigindo uma solução. A falta de regulamentação de direitos, papel típico do Poder Legislativo, e o fato da Carta brasileira ser analítica, ou seja, possuir um texto repleto de artigos, ajuda na constitucionalização de matérias levadas ao STF. O ativismo, por sua vez, evidencia um exercício proativo do Poder Judiciário, uma ação extensiva quando se interpreta a Constituição Federal. Foram analisados alguns pontos sobre o tema, em especial ser temerário atribuir a juízes a função de inovar (quase legislar) por meio de sentenças, usurpando a atividade legislativa, em tese representativa do povo. Contudo, a nova hermenêutica de Peter Häberle propõe a ideia de um tribunal social, que estimula a participação da sociedade nas decisões do STF.


Portanto, seria ousadia pretender esgotar o tema neste sucinto estudo. Espera-se que as provocações estimulem o debate, pois o texto escrito sempre diz mais do que o autor pretende, a depender da visão do leitor. 

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges, *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BENITES, Afonso. Dos 513 deputados na Câmara do Brasil, só 36 foram eleitos com votos próprios. Por quê? In: *El País*, 20 abr. 2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/politica/1461023531\\_819960.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/politica/1461023531_819960.html). Acesso em: 24 nov. 2017.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira, 5. ed. Brasília: Editora UnB, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado em Crise*, Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais* 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição na História - Origem e Reforma. Da revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- DERRIDA, Jacques. *A Força da Lei*. Trad. Leyla Perrone Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Autónoma del México, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação Pluralista e "Procedimental da Constituição". Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- HOBBS, Thomas, *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, Trad. Rosina D'Angina, 2. ed., São Paulo: Martin Claret, 2012.
- MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. *Os Paradigmas Tradicionais de Justiça Constitucional e a Terceira Via do Sistema Francês*. Disponível em [https://siaiap32.univali.br/seer/Revista NEJ - Eletrônica, v. 17 - n. 2 - p. 173-184 / mai-ago 2012, ISSN Eletrônico 2175-0491](https://siaiap32.univali.br/seer/Revista%20NEJ%20-%20Eletr%C3%B4nica,%20v.17%20-%20n.2%20-%20p.173-184%20-%20mai-ago%202012,%20ISSN%20Eletr%C3%B4nico%202175-0491).
- MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*, São Paulo: Boitempo, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RANCIÈRE, Jacques, *O Ódio à Democracia*. Trad. Mariana Echalar, São Paulo: Boitempo, 2014.
- SAMPAIO, José Adécio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- \_\_\_\_\_. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Perda do mandato por troca de partido não se aplica a eleições majoritárias*. 27/05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>. Acesso em: 24 nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. *ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. 12/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 24 nov. 2017.
- THOREAU, Henry David, *Desobediência Civil*. Trad. Sérgio Karam, Porto Alegre: L&PM, 1997.



**GUSTAVO CALÇADO** é Mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função social da Constituição; Pós graduado em Direito Constitucional, professor de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Financeiro em pós-graduação e graduação.



# Ativismo judicial em tempos de judicialização da política

■ POR FABRÍCIO MURARO NOVAIS

**“Não obstante a especificidade da problematização apresentada e dos argumentos desenvolvidos, é preciso refletir de forma ampla e desapassionada sobre os reais avanços e retrocessos que atingiram a Ciência Jurídica brasileira quando do enfrentamento da questão da mudança de eixo do sistema jurídico da lei para a Constituição proposta pelo paradigma neoconstitucionalista e da nova argumentação jurídica.”**

**F**oi a partir da segunda metade do século XX, precipuamente, que exsurgiu a necessidade de fundamentar e consolidar o paradigma do Estado de Direito contemporâneo. Nesse sentido, foram lançadas as premissas de um novo discurso jurídico que, divergindo substancialmente do paradigma do positivismo, operacionalizou-se por meio de argumentos construídos em valores éticos e políticos.

Com efeito, vislumbra-se que o novo discurso jurídico apresenta viés preponderantemente pós-positivista, haja vista vir pautado em concepção normativo-principlológica cuja finalidade confessada é aproximar o Direito da moral.

Em verdade, o fenômeno do neoconstitucionalismo floresce – de acordo com os teóricos que admitem a sua existência, por óbvio – como movimento de implementação e sustentação do Estado Democrático de Direito, concepção de Estado que despontou na Europa continental no pós Segunda Guerra mundial em razão da confluência dos ideários do constitucionalismo e do princípio democrático, propugnando a constitucionalização do Direito como processo de subordinação total das leis a uma Constituição rígida transformadora.

Nesse contexto, depreende-se que para o reconhecimento da força normativa dos direitos humanos fundamentais bem como a consolidação de instituições e processos democráticos em tempos de pós-ditaduras e autoritarismos fez-se mister a deflagração de um novo discurso jurídico que inexoravelmente relativizasse a cultura da codificação para cravar suas bases teóricas numa cultura da argumentação jurídica, ou seja, a teoria da argumentação promoveria o encaminhamento da teoria da interpretação para a instância da aplicação do Direito em termos de ponderação de princípios. Nesse sentido são as reflexões de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2013) quanto ao tema da Hermenêutica e Interpretação do Direito em tempos de protagonismo dos órgãos de decisão-aplicação-julgamento. Não é por acaso, portanto, que atualmente se observa a absorção bastante sutil da teoria da interpretação pela teoria da argumentação jurídica, fato que pode ser comprovado, a título de exemplificação, pela indicação de leitura obrigatória na academia jurídica das teorias de Robert Alexy (2008) e Ronald Dworkin (2002), dentre outros, como também pelo protagonismo, inclusive midiático, dos órgãos com atribuição de produção de decisões, estejam eles integrados na estrutura do Poder Judiciário ou da Administração pública, ou ainda no âmbito da arbitragem privada. Nesse contexto, é ainda possível refletir sobre os porquês e consequências do fenômeno da “judicialização da política” à luz do princípio da separação dos poderes, ou seja, se para Montesquieu (1979, Livro XI) apenas o poder pode impedir o abuso do poder, de modo que este deve ser partilhado a fim de que reine a liberdade, o protagonismo referido dos órgãos de produção de decisões, precipuamente o do Poder Judiciário, pode indicar, sobretudo no julgamento de *hard cases*, certo desequilíbrio a indicar abuso de poder na estrutura desejável de governo moderado.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise de aspecto da realidade jurídica brasileira pós Constituição de 1988, relativa à efetivação de direitos fundamentais e o reconhecimento de “novos direitos” a partir de atuação do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, num cenário neoconstitucionalista e de desenvolvimento-construção da teoria da argumentação jurídica marcado pela ausência de padrão decisório em ponderações de princípios a indiciar ativismo judicial.

## **SEPARAÇÃO DE PODERES E FUNÇÕES DO ESTADO: DISCRICIONARIEDADE E NORMATIVIDADE**

Em certa medida, não há como negar ao advento, ainda que tardio, da Constituição brasileira de 1988 a função-missão de desenvolvimento de novo Direito Constitucional nacional, com consequências importantes no modo de se compreender a atuação dos Poderes públicos constituídos a partir de releitura contextualizada do princípio da separação de poderes. Nada obstante a demanda hodierna por leitura atualizada do princípio referido, a essência do seu significado proposta por Montesquieu continua inabalável em razão de estar consubstanciada na ideia de para que o Estado seja livre “é necessário, pela disposição das coisas, que o poder detenha o poder”.

De toda sorte, não se olvida que a Carta da República apresenta repertório de princípios que exige adequada interpretação reveladora e concretizante de seu conteúdo imperativo, sem a qual não será possível verificar a abertura do sistema jurídico ao ideário de justiça pela via do processo de constitucionalização do Direito.

No Brasil, no ambiente por alguns denominado neoconstitucional, verificou-se o crescimento de demandas sociais por efetivação de direitos fundamentais

contemplados na Constituição de 1988 – e pelo reconhecimento de “novos direitos” socialmente consolidados – num contexto de crise do sistema de democracia representativa, os quais dentre outras razões promovem o deslocamento das atenções antes focadas nos Poderes Executivo (mormente no exercício da função administrativa) e Legislativo para o Poder Judiciário e outros órgãos administrativos de relevância na produção de decisões (*v.g.*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE).

Nesse sentido, discorrendo sobre o processo de constitucionalização do Direito, Barroso (2007, p. 249) enfatiza o redimensionamento das atribuições do Poder Judiciário dele decorrente, de modo que:

A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Com efeito, antes de qualquer outra consideração acerca do atual e reconhecido protagonismo no Brasil do Poder Judiciário, é imperioso tecer apontamento relacionado à consagrada separação de poderes.

Não restam dúvidas de que os poderes constituídos têm sua autoridade derivada exclusivamente de fidelidade à Constituição. Não por outra razão, conforme a lição de Dalmo de Abreu Dallari (2007), foi:

[...] a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação.

Não obstante a consagração desse novel princípio de divisão de funções já na ocasião da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França, em 1789, fato é que o sistema de separação de poderes vem sofrendo duras críticas quanto à sua indispensabilidade e adequação prática frente às sempre novas demandas impostas ao Estado de hoje.

Dentre essas críticas, Dallari (2007, p. 221) esclarece que:

A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração [...] Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.

De toda sorte, com esteio nos fundamentos da crítica de Dallari, há de se convir que o aumento de demandas postas ao Poder Judiciário para a garantia e tutela de direitos não se apresenta, de per si, como indicativo de suposta violação à separação de poderes ou de funcionamento anômalo do aparato estatal, ainda mais quando esse suposto protagonismo judicial é levado a efeito em tempos de neoconstitucionalismo.

Sem resquícios de dúvida, o certo é que há certa crença no dogma da separação de poderes como alicerce inabalável da democracia, de sorte que a proclamação desse princípio pela Constituição apresenta-se como cláusula imutável e imune ao

poder de reforma, de modo que essa simbologia não pode se prestar tão somente à manutenção de aparência de funcionamento desvinculada de qualquer correspondência à prática dos comportamentos estatais. No sentido dessa assertiva, apresentam-se, exemplificativamente, pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal pelo resguardo da divisão de poderes, *verbis*:

As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (ADI 4.102, rel. min. **Cármem Lúcia**, j. 30-10-2014, P, DJE de 10-2-2015.; Ver RE 436.996 AgR, rel. min. **Celso de Mello**, j. 22-11-2005, 2ª T, DJ de 3-2-2006).

É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades (Súmula 649).

Já que o princípio da separação de poderes está consagrado é preciso insistir na definição das características inerentes – espécie de “espinha dorsal” – das funções e atribuições de cada um dos poderes constituídos, sem a qual não se faz possível compreender de que forma e em que espaço cada órgão pode e deve atuar, sempre com independência (art. 2º, CRFB), nos limites da Constituição.

Nesse sentido, para melhor compreensão da temática em tela, Vieira (2002, p. 229) apresenta “a distinção entre os papéis de um tribunal com atribuições constitucionais e os demais órgãos governamentais” a partir de uma formulação exploratória, nos seguintes termos:

Basicamente, o que deveria caracterizar o processo decisório judicial é sua submissão aos seguintes critérios: 1) tomar decisões com base em decisões anteriores que lhe foram pré-ordenadas pelos Poderes representativos, portanto, seguir a normatividade (que é composta por regras e princípios) e não outros critérios extraconstitucionais ou legais, como a comumente invocada comoção popular ou a pretensa eficiência econômica, pois não tem legitimidade democrática para fazer este tipo de escolha; 2) plena obediência ao princípio do devido processo legal, que permita um procedimento justo, fair, onde as partes possam, com igual peso e espaço, apresentar seus argumentos; 3) o imperativo da imparcialidade do juiz, que decorre do princípio da igualdade, do igual respeito e consideração com que todos devem ser tratados; 4) a decisão deve ser a decorrência mais correta, mais bem justificada, desse procedimento que busca a realização da justiça.

Como se depreende, não cabe ao Poder Judiciário render-se a comoções populares e “apelos de rua” para, sob o pretexto de estar concretizando a Constituição, decidir além das molduras da normatividade, dando azo à pura subjetividade do julgador que, não raro e no limite, pode beirar a prática de arbitrariedade.

Não se pode olvidar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição não é salvo-conduto para “decisionismos”. O julgador sempre estará vinculado à razão (à racionalidade) de modo que não se pode admitir a preponderância de sua vontade (sua pura subjetividade). As decisões levadas a efeito pelo Poder Judiciário, na trama dessa divisão de poderes, devem inexoravelmente exteriorizar fundamentos racionais que indiquem a observância de padrão na formulação do ato decisório, sob pena de mácula da ilegitimidade.

Ainda quanto aos contornos de atuação dos demais poderes, Vieira (2002, p. 229-230) esclarece que:

O Legislativo e o Executivo, por sua vez, estão submetidos a uma outra ordem de critérios: 1) embora também submetidos à Constituição, a atuação desses Poderes encontra-se imersa num âmbito de maior discricionariedade. Ao Legislativo é dado, inclusive, o poder de alterar as regras do jogo; portanto, a latitude de sua ação é, necessariamente, mais ampla. Isso é natural, na medida em que sua função é fazer escolhas a respeito dos melhores meios, os mais eficientes, para ordenar a sociedade, exercendo a função de representar a vontade dos eleitores. Para tomar decisões em face novas circunstâncias é que são escolhidos. Se os legisladores e executivos tivessem uma atividade absolutamente vinculada, a democracia perderia completamente o seu sentido. O que lhes é vedado fazer é tomar decisões expressamente contrárias à meta-norma da democracia, que é a Constituição; 2) a regra da maioria, a luta entre grupos para alcançar a maioria, que inclui barganhas e compromissos, e não a igualdade das partes, é o que define a decisão a ser tomada; 3) o Executivo (não a Administração) e o Legislativo não são, portanto, imparciais, mas representam facções, ideologias, classes ou partidos vitoriosos no pleito democrático; 4) logo, suas decisões vincularão a coletividade como uma decorrência de um processo político, vencido por quem mais poder alcançou.

É interessante consignar que Vieira reconhece a legitimidade do Poder Legislativo para alterar as regras do jogo, desde que produza atos normativos nos limites da Constituição. Nesse sentido, parece cristalino que o reconhecimento formal de “novos direitos” pela atuação discricionária e parcial do Legislativo é decorrência natural do processo político e democrático de representação de segmentos plurais da sociedade brasileira, não representando com isso qualquer anormalidade sistêmica capaz de colocar em xeque a higidez do Estado Democrático de Direito.

Ademais, é relevante rememorar que a Constituição de 1988 veda proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, de modo que o Legislativo, *a contrario sensu*, não encontraria óbice à ampliação do rol de direitos fundamentais pelo reconhecimento de “novo direito” via reforma constitucional. Em apertada síntese, o que se sustenta é que existem determinados limites de normatividade aos quais o julgador está adstrito que podem ser alterados pelo legislador no exercício da função legislativa de representação popular.

## **OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL**

A Constituição brasileira de 1988, tal qual, em geral, as constituições contemporâneas não se limitaram “às regras clássicas do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX”. A Carta da República é fruto de um processo político que se originou dos trabalhos de Assembleia Nacional Constituinte instalada nos idos de 1987. Sob a alcunha de “Constituição cidadã”, a Lei Maior consolidou amplo rol de liberdades públicas e assumiu compromissos de ordens social, econômica, cultural e ambiental, fixando metas e tarefas a serem perseguidas pelo Estado com o objetivo de alcançar, por meio de mudanças estruturais da sociedade, um estágio mais avançado de desenvolvimento social. Nesse sentido, a Carta não se apresenta como mero documento jurídico de organização do governo e de limitação ao poder do Estado, mas também como Constituição dirigente que retira sua legitimidade da busca de realização de justiça econômica e social que idealizam e projetam ao futuro.

Conforme Canotilho (1982, p. 457), uma Constituição dirigente é:



[...] a crença de que o legislador (a Constituição) pode, através de antecipação espiritual, conformar a evolução da sociedade e formular os fins que devem pautar esta evolução.

Ocorre que para a efetivação dos direitos de prestação positiva consagrados as constituições dirigentes impõem ao legislador e ao governante um rol de metas, diretrizes e programas que devem ser implementados ao longo do tempo histórico – em razão da existência de certa medida de discricionariedade do detentor do poder –, possibilitando o efetivo gozo e fruição dos direitos prestigiados.

Com efeito, como se depreende, a efetivação de muitos dos direitos acima referidos exige a atuação positiva do Legislativo e do Executivo que, malgrado e não raras vezes, quedam-se inertes e em estado de omissão inconstitucional. Não há que se olvidar que a sanção eficaz cabível aos governantes e legisladores alheios aos ditames republicanos que entregam a imperatividade da Constituição e a efetivação plena das normas constitucionais ao mero jogo “político” avesso ao bem comum é aquela aplicada por meio do voto nas urnas. O banimento da vida pública por meio do processo eleitoral democrático é a pena justa aos maus políticos.

O Brasil, como tantos outros Estados da América Latina, é um Estado de democracia tardia e em processo de consolidação de suas instituições democráticas. As mazelas de seu sistema político-eleitoral corrompido e ineficiente abrem chagas e dilaceram todo o tecido social. O déficit de representatividade política dos mandatários do poder implica direta e necessariamente a não efetivação de normas constitucionais consagradoras de certos e determinados direitos fundamentais. Os reclamos sociais pelo reconhecimento de “novos direitos” relativos a certos grupos ou segmentos da sociedade acabam não integrando a pauta de discussão parlamentar, porque normalmente são temas (*v.g.*, aborto; união homoafetiva; descriminalização do porte de drogas; eutanásia) que abrem amplo e sensível debate público a exigir posicionamento político do mandatário sobre a questão posta e isto pode custar a perda de eleitorado contrário à posição defendida. É certo que a omissão referida se restringe a determinadas temáticas que são, mais de perto, sensíveis a aspirações populares, haja vista que, considerada a quantidade de leis elaboradas no Brasil, o que se tem é, a *contrario sensu* do antes asseverado, um ativismo legiferante.

Para Barroso (2015), existe uma face positiva e um aspecto negativo do ativismo judicial, *in verbis*:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Assim é que nesse cenário de certa omissão inconstitucional dos Poderes Legislativo e Executivo, seja pelo descumprimento do mister de implementação de programas efetivadores de direitos consagrados na Constituição, seja pelo não desempenho da função legislativa – entrega ao debate de questões sensíveis – no exercício de representação popular, as demandas sociais por efetivação de direitos não atendidas acabam ingressando no Poder Judiciário pela via individual ou coletiva, dando ensejo ao que se denomina judicialização da política (ou “judicialização de tudo”).

Não há se negar que a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/88) levado a efeito num cenário de omissão constitucional dos Poderes Públicos antes de representar eficiente funcionamento do sistema de freios e contrapesos revela indisfarçável risco ao próprio Estado Democrático de Direito, seja pela exaustão e falência do Poder Judiciário pela carga de processos recebidos, seja pela eventual perpetração de ativismo judicial. Certo é que a verificação de desequilíbrio desproporcional na dinâmica da separação de poderes pela prática da “judicialização de tudo” pode levar à hipertrofia da função jurisdicional e ao arbítrio do julgador.

### **ACESSO A “NOVOS DIREITOS” E “JUDICIALIZAÇÃO DE TUDO” EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO**

Não se pretende apresentar um conceito jurídico fechado daquilo que se convencionou denominar “novos direitos”, mesmo porque referidos direitos podem ser catalogados, mormente numa ou noutra categoria de direitos já consagrada pelas teorias dos direitos fundamentais (ou direitos fundamentais humanos). Nada obstante, é preciso consignar que a categoria dos “novos direitos” se relaciona, basicamente, a três aspectos e fenômenos sociojurídicos:

(i) **o problema das vaguezas e ambiguidades dos textos jurídicos que enseja discussões acerca da (in)existência de um “novo direito”:** (a) direito não positivado ou de incerta previsão constitucional, mas que é reconhecido socialmente; (b) direitos reconhecidos pela via da abertura interpretativa de cláusulas gerais, princípios implícitos e expressos, e pelo resultado da solução conferida às denominadas colisões de normas constitucionais;

(ii) **a concepção de universalidade dos direitos da pessoa humana promove uma expansão de direitos por meio da “contaminação recíproca” entre ordenamentos e sistemas jurídicos nacionais e supranacionais:** (a) direitos reconhecidos por meio de “transplante jurídico”, ou seja, por processo de integração ou diálogo entre tribunais ou cortes constitucionais que redundam no uso de referências estrangeiras nas decisões do Supremo Tribunal Federal; (b) em razão de existir tutela de direitos “multiníveis”, direitos são reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal com reforço de fundamento lastreado em decisões de Tribunais supranacionais, ou seja, decisões de órgãos de sistema regional de justiça internacional influenciam as decisões dos tribunais ou cortes nacionais;

(iii) **a ampliação ou extensão de titularidade de direitos, de modo que:** (a) “velhos direitos” passam a ter novos titulares e, assim, redundam na catalogação como “novos direitos”; (b) verifica-se também a existência de direitos de titularidade indefinida ou indeterminada, como no caso dos interesses difusos.

A partir dos aspectos apresentados, observe-se, por oportuno, que o reconhecimento ou acesso a “novos direitos” pela via do Poder Judiciário pressupõe

inexoravelmente decisões de fundamentação complexa, haja vista que tais direitos originam-se em processos de casos difíceis (*hard cases*) que envolvem operações ou argumentação jurídica de “improvável” padronização decisória.

Como já salientado nas linhas introdutórias, com o advento do neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo contemporâneo), o Direito Constitucional do segundo pós-guerra reafirma a força normativa (e a expande) da Constituição com o propósito de afastar qualquer indiferença do Direito às injustiças sociais. Para tanto, a partir de teorias críticas ao positivismo (teorias pós-positivistas), introduzem-se, pela via dos princípios, os “valores ético-políticos” na operacionalidade do Direito. Ocorre que essa inserção confirmadora da força normativa dos princípios é levada a efeito sob o manto metodológico da ponderação, de modo que se apresenta para as teorias pós-positivistas o enfrentamento da difícil questão do controle da discricionariedade judicial.

Com efeito, diante do novo paradigma da “cultura da argumentação jurídica”, Tércio Sampaio Ferraz Junior esclarece, em suas diversas conferências pelo Brasil, que a identificação do próprio direito (questão da validade e eficácia) e de seus sentidos (questão das classificações dicotômicas) para aplicá-lo corretamente tornam-se um dado entre outros, ou seja, tornam-se argumentos ao lado de outros empregados na atividade de (interpretação) aplicação do Direito denominada ponderação de princípios. Nesse contexto, aplicar o Direito ou descobrir o verdadeiro sentido da norma resvala sutilmente na ideia da prevalência do argumento mais forte, mas isto não pode significar, por razões de segurança jurídica, que a tomada de decisão não tenha observado critérios objetivos, abrindo espaço para a mera subjetividade do julgador.

A título de provocação reflexiva, Eros Roberto Grau (2015), quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, questionava a origem do poder que lhe fora conferido na investidura do cargo para decidir a partir de uma suposta ponderação de princípios, que não obstante parecer um exercício de equilíbrio, representava, na verdade, um trabalho discricionário, se é que, no limite, não chegava a ser arbitrário.

Em crítica à subjetividade do julgador, George Abboud (2011, p. 445) adverte que:

A função jurisdicional ganha força e legitimidade, não com o aumento inconsequente de suas decisões dotadas de efeito vinculante, como tem acontecido no Brasil, mas, sim, por meio de fundamentação constitucional rigorosa de suas decisões [...] Essa é a verdadeira fonte de legitimidade das decisões do Judiciário, que não podem mais se basear em meras convicções pessoais de seus julgadores, mas em critérios racionais imputáveis e contidos no próprio texto constitucional.

Para Lenio Streck (2011, p. 47), a doutrina brasileira operou três recepções equivocadas: “1) dos postulados da jurisprudência dos valores; 2) da ponderação alexyana; 3) do ativismo judicial norte-americano”. De toda sorte, dando ou não razão a Streck o fato é que o cenário de incertezas e insegurança jurídica descrito coloca em evidência a premente necessidade de um Poder Legislativo brasileiro que exerça atividade política intensa e saudável, que desfrute de credibilidade frente à sociedade civil para debater e disciplinar questões de alta complexidade que marcam o estágio atual de desenvolvimento da sociedade nacional.

Malgrado, enquanto a realidade se mostra diferente e se aguarda uma ampla reforma política para o fortalecimento do Poder Legislativo e do sistema democrático

brasileiros, as expectativas de reconhecimento e acesso a “novos direitos” serão depositadas – mesmo porque não haverá outra opção doméstica – na atuação ou protagonismo do Poder Judiciário. O que se espera nessas circunstâncias é que o Supremo Tribunal Federal possa decidir – é uma referência, ao menos – inspirado na sabedoria do juiz Hércules, figura criada, como cediço, por Ronald Dworkin (2002) na tentativa de descobrir padrões para regular a aplicação do Direito em tempos de neoconstitucionalismo e de desenvolvimento de teorias de argumentação jurídica.

Não se pode olvidar, contudo, que diante da pouca produtividade dos Poderes públicos, mormente no que pertine à omissão inconstitucional do Legislativo no enfrentamento de questões relevantes e complexas à sociedade brasileira, multiplicam-se demandas sociais pleiteando o reconhecimento jurídico de “novos direitos” fundamentais pelo exercício da função jurisdicional, sendo inegável que esse estado de coisas fomenta à hipertrofia funcional do Poder Judiciário e potencializa oportunidades políticas para o ativismo judicial.

Quanto ao ativismo judicial, discorda-se de Barroso quando afirma que “Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados”. O malefício do ativismo judicial no sistema brasileiro é um problema sem precedentes que não admite eventualidades, como assevera George Abboud (2014, p. 421):

[...] o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo escrito ou subsunção do fato ao texto normativo [...] Em suma, ativismo, em termos brasileiros, deve ser considerado o pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções. Daí nossa crítica à discricionariedade judicial, uma vez que é por meio dela que, atualmente, legitima-se a utilização das convicções pessoais do julgador em vez das fontes normativas.

Consigne-se que o Supremo Tribunal Federal, imerso nesse contexto de protagonismo do Poder Judiciário brasileiro, firmou alguns entendimentos em decisões prolatadas em casos difíceis, precipuamente no âmbito dos controles concreto e abstrato de constitucionalidade, que renderam muitas críticas da doutrina jurídica nacional quanto à legitimidade das razões de decidir adotadas. A ausência de padrão de racionalidade consubstanciado na indicação de quais critérios objetivos teriam sido levados em conta em cada caso no ato de decidir e julgar fortaleceu as críticas centradas no argumento da “politicização” dos julgados, no excesso de discricionariedade (abusos interpretativos) e de “ativismo judicial” praticado pela Corte. Como advertiu Gilmar Ferreira Mendes, em palestra proferida no XX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP, não há como entender as razões jurídicas que levam o Supremo Tribunal Federal a proferir decisão pela inconstitucionalidade da prática da vaquejada e, contemporaneamente, sinalizar pela constitucionalidade da prática do aborto até os primeiros meses da gestação.

A indicar ainda abuso de poder pela via da judicialização da política, cita-se, a título de ilustração, aquelas decisões que reconheceram a constitucionalidade da exigência de fidelidade partidária (MS 26602, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-197), da união homoafetiva (ADPF 132, Relator Min. AYRES

BRITTO, Tribunal Pleno, j. 05/05/2011, DJe-198), do aborto de feto anencéfalo (ADPF 54, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. 12/04/2012, acórdão eletrônico p. DJe-080) e de pesquisas realizadas com células-tronco embrionárias (ADI 3510, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, j. 29/05/2008, DJe-096).

Ademais, imperioso é consignar que as regras do procedimento de impeachment do chefe do Executivo foram definidas pela Suprema Corte. Anote-se que as críticas formuladas pela doutrina não se voltam em desfavor do acesso ao “novo Direito” e à legitimidade democrática de seu reconhecimento jurídico, mas contra os aspectos formais e substanciais do processo estatal ilegítimo pelo qual foram reconhecidos e consolidados.

Não obstante a possibilidade de análise pontual para o decote das particularidades processuais e substanciais dos julgados mencionados, depreende-se, em linhas gerais, que o Supremo Tribunal Federal encontra-se num ambiente socio-jurídico de florescimento contínuo de “novos direitos”, diante de omissões inconstitucionais dos Poderes públicos, e ainda envolto por incertezas e imprecisões do novo paradigma da cultura da argumentação jurídica.

É certo, contudo, que não se trata de uma deformidade estrutural-institucional que graça exclusivamente a realidade da Corte brasileira, haja vista que o “florescer” de “novos direitos” em ambientes de democracia tardia também se faz sentir no âmbito das cortes de outros Estados.

As imperfeições do sistema devem ser corrigidas. A busca por um Direito Constitucional “altruísta” é obra por acabar. Como adverte Carducci (2003, p. 58):

[...] o mecanismo vitimário que exclui povos e indivíduos do planeta do acesso aos “bens fundamentais” é um problema relacionado com os direitos fundamentais de liberdade e que, no horizonte da “globalização” do homem e do mundo, não pode ser delegado à soberania de cada Estado Nacional, mas à inteira comunidade internacional.

Por essa razão é também de relevância ímpar o diálogo entre cortes nacionais e de Justiça internacional.

## CONCLUSÃO

Nos termos propostos pelo neoconstitucionalismo e por concepções pós-positivistas, o processo de constitucionalização do Direito apresenta-se como condição indispensável à efetivação do Estado Democrático de Direito, na qualidade de representação do Estado de Justiça.


A crise do sistema de democracia representativa no Brasil, dentre outras razões afetas à ineficiência estatal, não raramente promove o deslocamento de debates políticos sobre questões relevantes à sociedade brasileira da esfera do Poder Legislativo ao âmbito de atuação jurisdicional do Poder Judiciário, em especial para o Supremo Tribunal Federal, seu órgão de cúpula e guardião da Constituição.

Em tempos de neoconstitucionalismo, a adoção do novo paradigma da argumentação jurídica propugna a “principiologização do ordenamento jurídico” e a aplicação do Direito pela ponderação de princípios que, se realizada no exercício da jurisdição constitucional, oportuniza ampliação excessiva da discricionariedade do julgador e o risco de ativismo judicial.

A questão do florescimento, reconhecimento e acesso a “novos direitos” restringe-se, hodiernamente, à atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal (STF),

quando do julgamento de casos (*hard cases*) de fundamental relevância à harmonia entre grupos e segmentos plurais da sociedade brasileira. Todavia, frente as dificuldades enfrentadas pela cultura da argumentação jurídica em definir padrões decisórios, os métodos e parâmetros utilizados pelo STF no julgamento dos casos referidos não desfrutam de legitimidade democrática porque indiciam a tomada de decisões políticas lastreadas em convicções meramente pessoais, portanto, de subjetividade extremada.

Não obstante a especificidade da problematização apresentada e dos argumentos desenvolvidos, é preciso refletir de forma ampla e desapaixonada sobre os reais avanços e retrocessos que atingiram a Ciência Jurídica brasileira quando do enfrentamento da questão da mudança de eixo do sistema jurídico da lei para a Constituição proposta pelo paradigma neoconstitucionalista e da nova argumentação jurídica.

De toda sorte, o acesso a “novos direitos” é, longe de dúvidas, condição de realização da dignidade humana e, portanto, trabalho contínuo; é obra sempre por acabar. Mas é preciso um cuidado: o reconhecimento de novos direitos fundamentais por meio da prática de ativismo judicial pode representar certo retrocesso à construção e consolidação do Estado Democrático de Direito. É que o tempo de concessão de direitos pela mera vontade ou capricho dos soberanos é página virada na história da humanidade. 

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil), In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.
- \_\_\_\_\_. <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2015.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra. 1982.
- CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva. 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Hermenêutica e Argumentação*. Curso de Hermenêutica Jurídica. Plenário do TRF4. Conferência 6. 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: PC Editorial, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles de. *De l'esprit des lois*. Livro XI. Paris: Flammarion, 1979.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. n. 4.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal-Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros. 2002.



ARQUIVO PESSOAL

**FABRÍCIO MURARO NOVAIS** é graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. É Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Università di Pisa - Itália, Pós-doutor em Direito Constitucional Comparado pela Università del Salento - Lecce - Itália. Atuou como assessor processual do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peluso, e da ministra Fátima Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça. É membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional - ABDPC e membro da Associação de Assessores e Ex-Assessores de Ministros do Supremo Tribunal Federal (AASTF).



## O novo Código de Processo Penal do Uruguai – enquanto isso, no Brasil ...

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

**N**o Uruguai entrou em vigor, no dia 1º de novembro, o novo Código de Processo Penal, implementando-se o Sistema Acusatório – e um modelo adversarial, obviamente –, somando-se a outros países do nosso continente no movimento de democratização da Justiça Criminal,

**“Acerca da necessidade imperiosa de se implantar em nosso país um modelo de processo penal de matriz acusatória, especialmente oral, desde a primeira fase da *persecutio criminis*, até a fase recursal. Os autos não devem ser um calhamaço de papéis, mas é preciso que se priorize a inteligência dos atores processuais no sentido de “falarem” e não somente “escreverem”.”**

iniciado na Guatemala, em 1994.<sup>1</sup> Agora, restam apenas o do Brasil e o Código de Processo Penal da Justiça Federal da Argentina, já que lá as províncias têm os seus próprios códigos processuais penais.

O novo Código de Processo Penal uruguaio modifica substancialmente o procedimento penal naquele país, passando do sistema inquisitório para o sistema acusatório, essencialmente oral e público. Para a aprovação do novo Código foi preciso uma articulação muito bem elaborada de todo o sistema político. Também foram alterados a Lei Orgânica dos Tribunais, a Lei Orgânica da Polícia, a Lei Orgânica do Procedimento Penal e o Estatuto do Ministério Público.

A modificação introduzida pelo novo código, “otorga atribuciones para que el Ministerio Público dirija las investigaciones. Además brinda garantías y atención a las víctimas del delito”. Aliás, o prazo para conclusão das investigações tem um limite de um ano desde a sua formalização. Não mais, o juiz, portanto, dirigirá as investigações.

Nada obstante, o que há de mais importante na nova legislação é “la adopción del procedimiento penal acusatorio, oral y público, en audiencias que será registradas y estará a cargo del juez”, além de estabelecer “cómo se toman declaraciones a víctimas, testigos e imputados”. Ademais, assegurando-se a imparcialidade dos juízes, consagrou-se “un sistema que coloca un juez para las audiencias y otro en el juicio oral”, estabelecendo-se um:

[...] sistema de doble juez. El primer magistrado actuará en la etapa inicial del juicio (formalización) que será el que eventualmente determine la prisión preventiva en los casos que corresponda. El otro juez deberá intervenir cuando llegue la etapa de la acusación, en el juicio oral definitivo. Este sistema fue pensado para dar garantías al acusado de la independencia judicial en todo el proceso. Es un avance gigantesco y existe unanimidad en el tema porque evidentemente asegura que el juez sea absolutamente imparcial. Esto da cumplimiento a los tratados internacionales.

O presidente da Suprema Corte de Justiça do Uruguai, Jorge Chediak, lamentou eventuais problemas causados pela vigência do novo Código de Processo Penal. Como possíveis dificuldades, ele:



[...] enumeró la fijación de audiencias, el manejo de los tiempos y diferencias de criterios entre los magistrados. Los jueces puntualmente deben adaptarse a una nueva realidad: se dedicarán exclusivamente a dictar sentencia. Además, los juicios ya no serán secretos, sino orales y públicos.

Já o representante do Ministério Público junto à Suprema Corte, Jorge Díaz, afirmou “que al inicio de la aplicación del nuevo sistema pueden generarse errores”, mas que isso não poderia ser impedimento para sua imediata vigência, uma vez que:

*[...] sabemos que se van a cometer errores que se irán corrigiendo, errores que obviamente se van a cometer de buena fe, porque un sistema no cambia de un día para el otro y somos seres humanos los que lo vamos a aplicar.<sup>2</sup>*

Segundo Jorge Díaz:

Una nueva prórroga a la implementación del Código sería un mensaje muy malo para la sociedad: si vamos a esperar el momento en que estamos todos prontos, ese momento no llega nunca.” Acrescentou que, “si surgen dificultades se debe mantener la firmeza en el rumbo, además de paciencia y tolerancia con los operadores del sistema que puedan cometer algún error.”

Uma das grandes mudanças levadas a cabo no Uruguai, agora, deu-se na aplicação da prisão preventiva como:

excepción y no como regla, como se hace en la actualidad. Hasta ahora, la gran mayoría de los imputados son procesados con prisión de forma preventiva y reciben la condena o absolución unos años después.

O principal argumento utilizado pelos parlamentares de todos os partidos políticos foi exatamente que:

[...] en un sistema penal acusatorio, la prisión preventiva solo debe ser aplicada como medida cautelar y una vez dictada la sentencia correspondería el cumplimiento de la pena.

Para o procurador do Ministério Público junto à Corte Suprema:

Hay hipocresía, porque la gente se pone contenta cuando dicen lo procesaron y fue a prisión, y después aunque lo condenen a tres años de penitenciaría no vuelve a la cárcel. Lo que no se enteran es que a los tres meses están libres. De ahora en más, la prisión preventiva pasará de ser una regla a una excepción y se aplicará ante circunstancias de delitos graves, peligro de fuga, riesgo de vida para testigos, víctimas o acusados.

Também a presidenta da Associação do Ministério Público, Dora Domenech, reconheceu que nos primeiros meses poderão surgir alguns problemas e dificuldades de aplicação das novas regras. Segundo Domenech:

El sentimiento que tenemos los fiscales es que pueden surgir errores, porque será un cambio tan radical que humanamente tal vez se pueda incurrir en errores. Entre los fiscales,

hay quienes se sienten preparados para el nuevo desafío y quienes no lo están. Hay mucha cosa de último momento para ajustar y un gran nerviosismo en general. Uno de los elementos que preocupa es la aplicación del sistema informático Sippau – que permite a cada fiscal gestionar la investigación de los casos – por medio de una tablet con la cual estarán en línea con la Policía.

Uma outra grande novidade do novo sistema é “la posibilidad de realizar acuerdos entre el acusado y la Fiscalía antes de llegar a la instancia final del juicio”, disminuyendo “el número de presos sin condena, lo que es un muy buen efecto”. Además, no que diz respeito aos novos prazos, o novo código “facilita la realización de muchos procedimientos abreviados, que son de duración muy corta”.

Todos os processos novos já deverão observar as novas regras. Segundo números não oficiais, apenas em Montevideu existem 20 mil expedientes “por tramitar y a esa tarea fueron asignados 20 fiscales”, o que exigirá que “cada integrante del equipo debe expedir cinco dictámenes por día”. Assim, “se cubriría fácilmente el sistema antiguo y la demanda tenderá a disminuir a medida que avance la aplicación del nuevo código”, conforme assinalou Jorge Díaz.

Portanto, haverá muito trabalho, especialmente para o Ministério Público. Dora Domenech, a presidenta da Associação do Ministério Público, informou que haverá:

[...] turnos obligatorios los domingos de noche desde las ocho a la medianoche. Posteriormente es opcional quedarse ahí o irse a la casa, pero estamos con el teléfono abierto para atender a todo Montevideo. Esto quiere decir que uno va a tener que dormir sentado en un sillón y vestido, porque lo pueden llamar en cualquier momento.<sup>3</sup>

Pois bem.

Enquanto todos os países da América Latina já se adequaram ao sistema acusatório, o Código de Processo Penal brasileiro é do início da década de 1940, não tendo sofrido ao longo desse período quaisquer alterações substanciais, não acompanhando, portanto, as mudanças sociais e políticas ocorridas no país, especialmente aquelas decorrentes da nova ordem constitucional implantada a partir da Constituição Federal de 1988. O seu surgimento, em pleno Estado Novo, traduziu a ideologia de então, mesmo porque “las leyes son e deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas”, conforme nos acrescenta Pascuale Fiore (1927, p. 579).

Destaque-se que o Estado Novo é entendido como o período que abrange parte do governo de Getúlio Vargas (1937 – 1945), que encomendou ao jurista Francisco Campos uma nova Constituição, extraparlamentar, revogando a então Constituição legitimamente outorgada ao país por uma Assembleia Nacional Constituinte (1934).

O Código elaborado sob a égide e “os influxos autoritários do Estado Novo”, decididamente não é, como já não era “um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal”, como dizia Frederico Marques (1980), pois continuávamos:

[...] presos aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito [...] O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa

hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. [...] A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.

Definitivamente, em um sistema acusatório não é possível um processo inteiramente escrito e cartorial como o nosso. Para Claus Roxin (2000, p. 115):

[...] según el principio de oralidad, fundamento de una sentencia sólo puede ser aquello que fue expuesto oralmente. Todo lo que sucede en el proceso, p. ej., el interrogatorio del acusado, la producción de la prueba, los alegatos, debe ser llevado a cabo oralmente (también la deliberación, la votación y el pronuciamiento de la sentencia). En contraposición con el principio escriturista *quod non est in actis, non est in mundo*, lo que no há sido dicho no es tomado en cuenta, sino que es considerado como no sucedido o no existente. El principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención e del olvido.

Como ensina Binder (2000, p. 61):

La oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del Juicio penal. Sirve, en especial, para preservar los principios de intermediación, publicidad del Juicio y personalización de la función judicial. En este sentido, se debe diferenciar muy bien lo que es un instrumento de lo que es un principio. Como hemos dicho, la oralidad es un instrumento, un mecanismo para alcanzar un fin.

Nada obstante este seu carácter instrumental, segundo Alberto Binder (2000, p. 61):

[...] no se debe pensar que la oralidad es un asunto de menor importancia. Todo lo contrario. Hasta tal punto que, por lo general, cuando se quiere aludir al modelo de Juicio Republicano se habla de Juicio oral aunque, como dijimos, la oralidad sólo sea el instrumento de un Juicio republicano.

Segundo Paolo Tonini (2016, p. 688):

[...] per 'oralità può interdesi la forma verbali di comunicazione del pensiero consistente nella pronuncia di parole destinate ad essere udite. Contrapposto a questo concetto à quello di 'scrittura', intesa quale forma di comunicazione del pensiero mediante segni visibili, alfabetici o ideografici.

Germano Marques da Silva (2011, p. 81), desde uma perspectiva do Direito Processual Penal Português, adverte que “o princípio da oralidade significa essencialmente que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão”. A oralidade no Processo Penal português está consagrada no art. 96, nº 1, do Código de Processo Penal.

O tema a respeito da oralidade tem uma relevância especial, afinal de contas, segundo Ojeda (2012, p. 711-712):

Todo legislador al estructurar un sistema procesal debe elegir entre dos modelos contrapuestos de estructuración del procedimiento penal, son en realidad dos criterios de organización de la tutela procesal. Efectivamente, el legislador de turno debe elegir entre un procedimiento oral o uno escrito. Mas allá de los argumentos esgrimidos a favor de uno o de otro, se podría decir que existe una clara tendencia a nivel mundial a favor de la oralidad, como criterio de organización de la tutela procesal, y con ella la concentración e intermediación de actuaciones ante los tribunales de justicia como su necesaria consecuencia.

Não mais se justifica, por exemplo, um procedimento preliminar de investigação criminal como o nosso inquérito policial: escrito, sigiloso, burocrático, formal e ineficaz. É preciso “desburocratizar” a investigação preliminar, privilegiando a celeridade, a informalidade, a oralidade e a paridade de armas. A investigação preliminar no Brasil é um caos! Polícia e Ministério Público não se entendem, ao contrário, repudiam-se. A polícia deseja para si, com exclusividade, a função de investigar sem qualquer interferência do Ministério Público, o qual entende ter legitimidade igual para proceder a investigações criminais, tese adotada recentemente pela Suprema Corte brasileira.

De toda maneira, seja por meio da polícia, seja pelo Ministério Público, a investigação preliminar segue adotando um modelo escrito e burocratizado, inteiramente diverso de outros países, como o Chile e, agora, o Uruguai, onde a investigação é orientada pela Fiscalía, priorizando-se os casos efetivamente relevantes.

Da mesma forma, o exercício da ação penal deve se dar na própria audiência, oralmente, como, aliás, está previsto no art. 77 da Lei nº 9.099/1995 (no procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo). Nesta lei, inclusive, faz-se referência expressa ao “critério” da oralidade (art. 62) e o instrumento de investigação criminal é oral, informal e célere: o termo circunstanciado de ocorrência.

No Brasil, em regra, a peça de acusação ainda é escrita (salvo no referido procedimento sumaríssimo), muitas vezes com dezenas de folhas, que, na maioria das vezes, sequer são lidas pelo juiz, que admite a acusação com um mero despacho: “recebo a denúncia, cite-se o réu”. O próprio Supremo Tribunal Federal já cancelou este modo de proceder, afirmando que o ato de recebimento da denúncia (ou da queixa, nas ações penais de iniciativa privada) não carece de fundamentação, por não ser um ato decisório.

Era fundamental que a formalização da acusação e de sua respectiva admissibilidade fossem realizadas em uma audiência pública e inteiramente oral, oportunidade em que o Ministério Público esclareceria ao juiz o suposto fato criminoso, indicasse as provas que pretendesse produzir na audiência de instrução e julgamento, na presença da defesa, que teria a oportunidade de exercer plenamente um contraditório prévio.

A audiência de instrução e julgamento tampouco deve se pautar pela formalização absurda dos atos processuais. Observe-se que não se quer, muitíssimo pelo contrário, qualquer relativização das formas processuais, afinal de contas, no processo penal a forma é, sobretudo, garantia!

Não é possível um processo penal que se instrumentalize inteiramente em autos escritos, difusos, sujeitos a manipulações e a “quadros mentais paranoicos”, consoante a expressão de Franco Cordero (1986), dificultando a dialética própria do processo, a imediação e a concentração dos atos processuais.

É preciso lembrar que a oralidade, segundo ensina Germano Marques da Silva (2011, p. 81-82):

[...] é um princípio que informa hoje a generalidade dos sistemas processuais penais europeus, mas nem sempre foi assim, pois até o século XIX o processo era essencialmente escrito, mas a necessidade de assegurar a publicidade e permitir a imediação das provas conduzia à consagração da oralidade. A publicidade do processo implica a oralidade para que o público possa acompanhar a prática dos actos processuais em que há-de assentar a decisão judicial. O princípio da oralidade não exclui que os actos que tenham lugar oralmente fiquem registrados para servir para o controlo da assunção da prova, nomeadamente em matéria de recursos, e esse registro responde à mais relevante das críticas habitualmente dirigidas à oralidade: o possível arbítrio dos juízes na apreciação das provas.

A audiência de instrução e julgamento deveria pautar-se pela produção oral dos atos processuais, de maneira célere, com a produção imediata e concentrada das provas, seguida dos debates orais e da sentença. Tudo em uma só audiência.

No Brasil, ao contrário, banalizou-se o oferecimento de memoriais escritos, quando o próprio Código de Processo Penal impõe, em regra, que as alegações finais devem ser feitas oralmente, esquecendo-se que, conforme ensina Ernst Beling (1943, p. 142), “todo debate oral es un acontecimiento, en el que deben fusionarse en una unidad las declaraciones, las percepciones u las comprensiones”.

Também no sistema recursal é preciso privilegiar a oralidade. Os recursos ainda são escritos e o julgamento é extremamente moroso. A sustentação oral nos Tribunais são, muitas vezes, mera retórica, pois o que importa é o que está escrito nos autos (nas razões e nas contrarrazões recursais). Aos julgadores de segundo grau pouco importam as alegações orais feitas pelo Ministério Público e pela defesa durante a sessão de julgamento, razão pela qual, muitas vezes, os advogados sentem-se no dever de apresentar, antes do julgamento, memoriais escritos aos julgadores, já antevendo que a sua sustentação oral pouco terá utilidade. Não é incomum, por exemplo, que durante a defesa oral os julgadores estejam entretidos entre si, com outros assuntos, conversando animadamente, como se a causa já estivesse decidida, nada importando o que o advogado (ou, eventualmente, o Ministério Público) esteja falando.

No processo penal francês que, decididamente, não é um modelo processual a ser seguido, “la dimensión orale de la procédure a été renforcée par la jurisprudence” (VERGÉS, 2011, p. 290). Segundo André Vitu, “le système accusatoire avait été introduit en France à la Révolution, à l’imitation du droit anglais et en réaction contre le système inquisitoire de l’Ancien Régime (d. 16-29 sept. 1791 et C. 3 brum. an IV, p. 14).

Se um processo oral pode, eventualmente, trazer algumas desvantagens, certamente tem menos inconvenientes que um processo escrito. Assim, conforme Ernst Beling (1943, p. 144), se por um lado:

[...] los sentimientos e impresiones momentáneos pueden ganar importancia, pero también puede caer en olvido lo que se hace constar en los debates, porque no llamó la atención o porque falle la memoria. El Derecho actual obliga al tribunal cognitivo a comunicar oralmente con los titulares de los demás papeles procesales en todas las instancias del proceso ordinario y en la mayor parte de los procesos especiales.

Veja-se que na Colômbia, conforme noticiou a Corte Suprema daquele país:


[...] por erros de responsabilização e individualização de um detido em flagrante, processado por crime de tentativa de roubo, a Corte Suprema de Justiça revogou a sentença condenatória. Desta maneira, a Sala de Cassação Penal reiterou ao Órgão Fiscalizador Geral da Nação que, tendo em vista o sistema penal acusatório, que nas prisões em flagrante as circunstâncias que a justificam devem ser provadas em audiência oral. Os fatos examinados pelo Tribunal ocorreram no dia 30 de março de 2014, aproximadamente as duas horas da madrugada, quando um homem entrou em uma padaria no sul de Bogotá, onde tentou levar um telefone celular e uma caixa registradora que continha \$406.000 pesos.<sup>4</sup>

Naturalmente, não basta a reforma legislativa. Ela deve ser acompanhada da capacitação dos profissionais, especialmente no uso de metodologias inovadoras destinadas a servir como ferramentas para conseguir a mudança cultural que é preciso para uma reforma substancial do processo penal em um país. Sem esta visão, torna-se impossível que nós, atores processuais, assumamos as novas funções exigidas pela reforma. Não adianta mudar a lei se não mudamos a cultura. A nossa cultura é inquisitiva, porque a nossa colonização é portuguesa, europeia. Os nossos juízes são inquisidores e o nosso Ministério Público tem uma visão inteiramente distorcida do garantismo penal. Assim, será que uma mera reforma processual penal no Brasil vai mudar algo?

No Chile e, certamente agora no Uruguai, também houve muita resistência, mas com inteligência e estratégia souberam transpor o obstáculo. Por exemplo: os juízes que queriam continuar “velhos” seguiram trabalhando sob a égide do sistema inquisitivo, enquanto os demais submeteram-se a uma reciclagem para que pudessem aprender as novas regras pertinentes aos princípios do sistema acusatório. Os novos juízes, obviamente, já iniciavam as suas funções cientes e imbuídos das reformas. Os “velhos”, claro, sucumbiram, como tem que ser (“velhos”, aqui, no sentido de atrasados intelectual e culturalmente, pois não tão “velho” como um jovem que não quer aprender o novo e enfrentar desafios; e não tão jovem como um alguém, ainda que velho na idade, porém que aceita desafios e não se amedronta com o amanhã). Assim, antes mesmo da reforma (e, fundamentalmente, depois dela) os magistrados “velhos” têm que se reciclar. Não dá para continuar pensando como se estivessem na Idade Média ou como salvadores da pátria, “últimos bastiões da República”!

No sistema acusatório, juiz é juiz e ponto. Se algum magistrado tem o pendor para acusar, produzir prova, investigar, buscar a tal “verdade real”, que deixe a magistratura e siga a carreira do Ministério Público. Aliás, eles nem entendem como isso é possível em um Estado Democrático de Direito e em um sistema acusatório. Não conseguem sequer compreender algumas perguntas que eram feitas,

simplesmente porque soavam impertinentes ou incompreensíveis. O juiz brasileiro precisa passar umas férias no Chile, na Guatemala, em Córdoba (Argentina), no Uruguai, etc. Mas, aproveitar umas duas semanas e estudar (na teoria e na prática) como funciona a Justiça Criminal e como se lida quando alguém comete um crime e o Estado tem que o punir, desde o início da persecução penal. Tudo muito natural, “dentro da lei”, sem ódio, com imparcialidade, sabendo o papel do Ministério Público e respeitando a defesa.

Conclui-se, portanto, acerca da necessidade imperiosa de se implantar em nosso país um modelo de processo penal de matriz acusatória, especialmente oral, nos termos acima explicitados, desde a primeira fase da *persecutio criminis*, até a fase recursal. Os autos não devem ser um calhamaço de papéis, mas é preciso que se priorize a inteligência dos atores processuais no sentido de “falarem” e não somente “escreverem”. Convencer, sobretudo, pelas ideias faladas e não escritas. Afinal de contas, quando se fala diretamente com o julgador o poder de convencimento é indubitavelmente maior do que quando são escritas folhas e folhas, muitas vezes mera compilação de doutrina e jurisprudência. A dinâmica própria do Direito não mais admite a burocratização do processo. 

## NOTAS

- 1 Disponível em: [https://pt.scribd.com/document/363148680/Nuevo-Codigo-del-Proceso-Penal#from\\_embed](https://pt.scribd.com/document/363148680/Nuevo-Codigo-del-Proceso-Penal#from_embed). Acesso em: 5 dez. 2017.
- 2 Disponível em: <https://www.elpais.com.uy/informacion/ejecutivo-promulgo-nuevo-codigo-proceso-penal-rige-partir-manana.html>. Acesso em: 5 dez. 2017.
- 3 Disponível em: <http://www.elpais.com.uy/informacion/nerviosismo-operadores-judiciales-nuevo-codigo.html>. Acesso em: 5 dez. 2017.
- 4 Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/anexo/Capturaenflagranciadebeserprobadaeneljuiciooral\\_Corte.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/anexo/Capturaenflagranciadebeserprobadaeneljuiciooral_Corte.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.

## REFERÊNCIAS

- BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*, Barcelona: Editorial Labor, 1943.
- BINDER, Alberto. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- FIORE, Pascuale. *De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes*. Trad. Enrique Aguilera da Paz, Madri: Reus, 1927.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. I.
- OJEDA, Raúl Nuñez. “El Sistema de Recursos Procesales en el Ámbito Penal en un Estado Democrático Deliberativo”, In: *Problemas Actuales del Derecho Procesal Penal*. Coord. Daniel Pastor e Nicolás Guzmán, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Pierto, 2000.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, 3. ed., Lisboa: Editorial Verbo, 2011.
- TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*, 17. ed., Milano: Giuffrè, 2016.
- VERGÉS, Étienne. *Procédure Pénale*, 3. ed., Paris: LexisNexis, 2011. BOX:



# Desigualdade, a pior mancha da nossa história



■ POR ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI

**“Numa sociedade como a brasileira, a tendência é que as características atuais inibam o processo de *circulação* da renda e esterilizem a riqueza, num verdadeiro círculo vicioso que levaria a uma exclusão crescente da maior parte da população.”**

A desigualdade é provavelmente a marca mais perversa da nossa História. Mesmo em períodos recentes, quando a miséria e a pobreza foram reduzidas e se verificou uma ascensão das classes baixa e média baixa, não houve uma mudança significativa da estrutura social ou da repartição entre as rendas do trabalho e do capital. Segundo o Banco Mundial, 28 milhões de pessoas haviam superado a linha da pobreza no Brasil, ainda que mantida estável a grande concentração no topo da pirâmide. Infelizmente, os avanços conquistados estão se desfazendo rapidamente, e o país está reingressando no Mapa da Fome.

Para vários especialistas, a melhoria observada naquele período recente teve a contribuição importante do aumento real do salário mínimo, da formalização do mercado de trabalho, do aumento do gasto social em educação e dos programas de transferência direta de recursos.



O economista francês Thomas Piketty e sua equipe tiveram o grande mérito de demonstrar como, em escala mundial, as concentrações de renda e patrimonial vêm se acentuando nas últimas décadas, e, apontando as dificuldades de acesso aos dados das declarações de rendimentos no Brasil, logrou provocar um certo constrangimento, do qual resultou uma maior abertura por parte de nossas autoridades, e serviu para comprovar, pelo menos em parte, a escandalosa concentração e as deformações do sistema tributário, que funciona como um reforço continuado à consolidação desse processo.

O alerta estimulou o lançamento da Campanha Nacional pela Redução da Desigualdade Social, de que o Conselho Federal de Economia participa com mais 25 entidades nacionais e estaduais, constituindo-se, justamente, em um dos eixos para a mudança do modelo tributário.

A propósito, a OXFAM Brasil, que integra uma confederação internacional de 20 organizações que atuam em mais de 90 países, lançou o instigante estudo “A Distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras”, infelizmente pouco difundido pela mídia, com dados impressionantes, apoiados em dezenas de referências de instituições (e autores) nacionais e internacionais.


Segundo o estudo mencionado, no mundo, oito pessoas detêm o mesmo patrimônio que a metade mais pobre da população. Enquanto isso, mais de 700 milhões de pessoas vivem com menos de US\$ 1,90 por dia. O 1% mais rico possui a mesma riqueza que os outros 99%. Infelizmente, no Brasil a situação é relativamente pior: seis pessoas possuem riqueza equivalente ao patrimônio de 100 milhões de brasileiros mais pobres; e os 5% mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95%. Saliente-se, aliás, que a concentração da propriedade é maior que a de renda.

Entre 2001 e 2015, os 10% mais ricos de apropriaram de 61% do crescimento econômico, enquanto apenas 18% deste crescimento ficou para a fatia dos 50% mais pobres. Paralelamente, mantinha-se estável a concentração de renda para o 1% mais rico, entre 22 a 25%.

À medida que descemos aos detalhes, verificamos que as diferenças são cruéis para os estratos historicamente mais vulneráveis da nossa sociedade. Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), as mulheres ainda ganham 38% menos que os homens, e os negros 43% menos que os brancos. Essas diferenças podem ser extrapoladas de acordo com outros cortes, por exemplo, o regional.

Entre os países para os quais existem dados disponíveis, o Brasil é o que mais concentra renda no 1% mais rico, com o 3º pior índice de Gini (de concentração de renda) na América Latina e Caribe, e, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o 10º mais desigual do mundo, entre 140 países.

O espaço é pequeno para maiores reflexões, mas é muito relevante destacar que há um número crescente de economistas que consideram a concentração um obstáculo decisivo ao desenvolvimento. Numa sociedade como a brasileira, a tendência é que as características atuais inibam o processo de circulação da renda e esterilizem a riqueza, num verdadeiro círculo vicioso que levaria a uma exclusão crescente da maior parte da população.

Fica no ar a pergunta: as propostas de reforma tributária pautadas pelo *establishment* contribuem para modificar o *status quo*? 



ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI é professor da Universidade de Brasília.



## Direito Aduaneiro: indução à concomitância entre discussões judicial e administrativa

■ POR BRUNO RENAUX E RACHEL DELVECCHIO

**“Não parece razoável aceitar que a Administração reveja internamente a acusação dirigida ao contribuinte (esta é a essência do processo administrativo), enquanto também considera, com relação aos mesmos fatos, haver um título líquido, certo e exigível, que seria passível de cobrança no Poder Judiciário. Não fossem apenas violações aos diversos princípios (inclusive constitucionais) que dizem o que se esperar da Administração pública, há aí um risco efetivo de decisões contraditórias. Um nó difícil de desatar.”**

**A** Legislação prevê alguns regimes especiais para a importação de bens, dentre eles o bastante conhecido Regime Aduaneiro Especial de Admissão Temporária para Utilização Econômica. Como o próprio nome sugere, tal regime permite a importação temporária de bens para o território nacional, a qual é realizada com o pagamento proporcional dos tributos devidos na importação (proporcional ao seu tempo de permanência no país).

Para usufruir de tal regime aduaneiro especial o contribuinte deve atender a uma série de requisitos descritos na legislação e normativos aplicáveis (Instrução Normativa nº 1.600/2015). De uma maneira geral, são exigências razoáveis, já que a parcela remanescente dos tributos que seriam devidos na importação (fosse ela definitiva) fica suspensa.

Especificamente com relação ao Regime Aduaneiro Especial de Admissão Temporária para Utilização Econômica, uma dessas exigências é prestar garantia dos tributos e gravames devidos, o que é feito mediante termo de responsabilidade (TR).


A legislação específica estabelece que do TR não constarão os valores relativos às multas de ofício eventualmente devidas no caso de descumprimento do regime especial (como a multa de 10% do valor aduaneiro do bem importado – artigo 72, inciso I, da Lei nº 10.833/2003). Essas multas devem ser objeto de lançamento próprio. É dizer: o termo de responsabilidade abrange somente o valor do principal (tributos) e as multas serão objeto de lançamentos de ofício específicos.

Ocorre que, com relação aos valores constantes de TR, a legislação dispõe também que, uma vez “verificado” o descumprimento do regime serão objeto de cobrança conforme legislação específica. Nos tribunais do país são inúmeras as decisões a dizer que o TR figura como título executivo, pelo que, com relação ao valor lá consignado, está dispensada a discussão administrativa.

O curioso é que, apesar de o TR se referir ao valor dos tributos e as multas de ofício às penalidades, são grandes as chances de o contribuinte pretender a desconstituição das cobranças com base em um único fundamento de defesa: não ter de fato descumprido o regime especial aduaneiro.

Independentemente de críticas ao entendimento de que o TR seria um título executivo, sabe-se que, levada qualquer discussão ao Judiciário, se está abrindo mão – ainda que tacitamente – do embate na esfera administrativa. Portanto, quer parecer que, admitir ser possível seguir a execução do TR e, paralelamente, discutir na via administrativa se houve descumprimento do regime, significa permitir que haja a concomitância material da discussão (judicial e administrativamente). Certamente, não é isso que se deseja.

Não parece razoável aceitar que a Administração reveja internamente a acusação dirigida ao contribuinte (esta é a essência do processo administrativo), enquanto também considera, com relação aos mesmos fatos, haver um título líquido, certo e exigível, que seria passível de cobrança no Poder Judiciário. Não fossem apenas violações aos diversos princípios (inclusive constitucionais) que dizem o que se esperar da Administração pública, há aí um risco efetivo de decisões contraditórias. Um nó difícil de desatar.

Portanto, ainda que não se altere o duvidoso entendimento de que o TR seria um título executivo é preciso contar com o Poder Judiciário para que: i) seja impedido o ajuizamento da execução fiscal propriamente dita enquanto durar a discussão administrativa sobre a multa de ofício aplicada; ou ii) caso já ajuizada, seja determinada a suspensão da execução fiscal pelo mesmo período. Assim, haverá respeito material à máxima da judicialização somente após a constituição definitiva do crédito. 



ARQUIVO PESSOAL

**BRUNO RENAUX** é associado da prática de Tributário do Tauil & Chequer Advogados no escritório do Rio de Janeiro.



ARQUIVO PESSOAL

**RACHEL DELVECCHIO** é associada na prática de Tributário do Tauil & Chequer Advogados no escritório do Rio de Janeiro

# O crime de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito e o seu caráter hediondo

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE



“Uma vez mais, o legislador, movido por questões circunstanciais de clamor social fez uso do “Direito Penal simbólico” e alterou, de maneira atabalhoada, a Lei nº 8.072/1990, inserindo a infração penal descrita no art. 16 do Estatuto do Desarmamento no rol dos crimes hediondos. Contudo, por meio de uma interpretação teleológica e sistemática do referido diploma legal podemos afirmar que a natureza hedionda do delito se limita às condutas descritas no *caput* do artigo em questão, não abrangendo o seu parágrafo único.”

**A** Lei nº 8.072/1990 nasceu baseada em uma política criminal repressora, inspirada no movimento de lei e ordem (*law and order*) e no chamado Direito Penal máximo, em que a criação de crimes e o crudescimento das penas são adotados como solução no combate à criminalidade.

Infelizmente, há tempos a segurança pública não é tratada com seriedade em nosso país, já que diante de crimes graves e que causam repercussão social o Direito Penal acaba se destacando como uma espécie de panaceia para todos os problemas. É preciso ficar claro que a redução das taxas de criminalidade está diretamente ligada ao investimento em educação e ao combate à corrupção, que corrói o Brasil. Demais disso, é necessário um maior investimento nas polícias judiciárias, uma vez que mais importante do que a severidade da pena, é a certeza da punição, assegurada por uma investigação criminal eficiente (CERQUEIRA; COELHO, 2015).

Sem embargo do exposto, destaca-se que a Lei de Crimes Hediondos é fruto de um mandado constitucional de criminalização, ou seja, de uma ordem do legislador constituinte para que os crimes hediondos e assemelhados fossem tratados de forma mais severa, senão vejamos:

Art.5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Percebe-se, destarte, que sob um prisma extensivo o dispositivo constitucional impõe um regime jurídico-penal mais rigoroso para determinados delitos, o que é compatível com a importância dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais em questão. Deveras, não teria sentido algum dar tratamento igual a infrações de gravidades distintas, o que foi reforçado pelo legislador constituinte ao inserir essa previsão dentro dos direitos e garantias fundamentais (NUCCI, 2015, p. 448).

Como consequência, aos crimes hediondos e equiparados devem ser impostas as penas mais severas, com regimes de cumprimento mais rigorosos, contando, ainda, com técnicas de investigação criminal mais incisivas e limitadoras de direitos fundamentais, o que, em tese, contribuiria para a prevenção e repressão de delitos dessa espécie, desestimulando possíveis delinquentes e evitando a reincidência.

Sob tais premissas, muito embora não concordemos com uma política criminal exageradamente repressora como solução para a segurança pública, parece-nos que foi esse o espírito da Constituição da República, devendo servir de norte para a interpretação da Lei nº 8.072/1990 e outros diplomas normativos.

Feitas essas considerações, passamos imediatamente à análise da Lei nº 13.497/2017, que alterou a Lei nº 8.072/1990, para inserir no rol dos crimes hediondos o art. 16 do Estatuto do Desarmamento, que trata da “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”.

Eis que, novamente, como que num passe de mágica, o problema, agora da posse e porte de fuzis e outras armas de grosso calibre, será solvido por uma

legislação penal. Com a edição da Lei nº 13.497, de 16.10.2017, todo o problema do armamento existente nos morros cariocas, por exemplo, desapareceu, pois os criminosos simplesmente jogaram suas armas fora logo que ficaram sabendo que o art. 16 do Estatuto do Desarmamento foi erigido a crime hediondo!

É claro que isso não aconteceu e nunca irá ocorrer. A inovação legislativa não passa de mais um exemplo tragicômico do chamado “Direito Penal simbólico”, que, como explicam Zaffaroni e Batista (2006, p. 77), não passa do abandono ou desestimulação da real busca de soluções, optando-se por um discurso ilusório e demagógico que apresenta o Direito Penal como uma espécie de panaceia.

Um ponto destacável nessa alteração legislativa é que se chegou a uma culminância em que um crime de “perigo abstrato” é agora classificado como hediondo! A culminância da insanidade legislativa, se é que isso é possível de ser identificado em terras brasileiras, tendo em vista o sanatório geral em que se transformou nosso arcabouço jurídico, especialmente o criminal (MARCÃO, 2008, p. 136).

Como a excrescência já está feita, resta tentar compreender a aplicação da legislação tresloucada que temos, afinal, “legem habemus”. E as dúvidas serão muitas, uma vez que parece que no Brasil há uma espécie de “projeto” para tornar racionalmente ininteligível todo o sistema legal vigente. Neste texto, esboçaremos os primeiros apontamentos e questões, sem a pretensão de esgotar o tema.

Retomando a inusitada elevação de um crime de “perigo abstrato” à condição de “hediondo” é preciso lembrar que, já em 2007, o Plenário do STF declarava inconstitucional a vedação de fiança então prevista no Estatuto do Desarmamento para os crimes dos arts. 14 e 15, sob o argumento de que crimes de “mera conduta” ou de “perigo abstrato” não poderiam jamais ser tratados de forma similar a crimes hediondos (Adin 3.112-1, STF, DOU 10.05.2007).

Na mesma ocasião, foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento, que vedava a “liberdade provisória” (com ou sem fiança), para os arts. 16, 17 e 18, do mesmo diploma. Novamente, o “decisum” trouxe o argumento (além da violação da presunção de inocência e da instituição de uma espécie de preventiva obrigatória), de que a vedação da liberdade provisória chegou a ser admitida “para crimes de suma gravidade”, não podendo ser aplicada jamais a outros delitos. Fica evidente que o STF já se manifestava pela absurdidade que se configuraria em pretender conferir um tratamento similar ao dado aos crimes hediondos nas infrações ao Estatuto do Desarmamento, delitos de “mera conduta” ou, no máximo, de “perigo abstrato” (MARCÃO, 2008, p. 193).

Parece-nos que a iniciativa infeliz trazida na Lei nº 13.497/2017, além de configurar uma nítida manifestação da demagogia legislativa, consistente num claro exemplo de “Direito Penal simbólico”, ainda peca gravemente por violação de quaisquer critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, o que certamente deverá levar ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Mas, deixando de lado, por ora, a questão da inconstitucionalidade, é preciso tentar aclarar qual o alcance da hediondez, no que se refere ao art. 16 da Lei nº 10.826/2003.

O art. 16 da Lei nº 10.826/2003 é composto de um “caput” e de seis condutas equiparadas a ele em um parágrafo único. Uma questão que logo surge é a seguinte: teria a Lei nº 13.497/2017 erigido a crime hediondo todo o art. 16, “caput” e parágrafo

único, I a VI, ou somente o art. 16, “caput”? Questiona-se porque a nova redação dada ao art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990, estabelece que será crime hediondo “o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”, sendo fato que nas figuras do parágrafo único, do art. 16, do Estatuto do Desarmamento, os objetos materiais dos crimes são completamente distintos.

Outra questão que pode surgir na redação da Lei nº 13.497/2017 é se será considerado hediondo o porte e a posse apenas de armas de fogo de “uso restrito” ou também das de “uso proibido”, pois o art. 16 da Lei nº 10.826/2003 se refere a ambas. Contudo, a redação dada pela Lei nº 13.497/2017 ao art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990 somente faz menção às armas de “uso restrito”, olvidando-se das de “uso proibido”.

Antes, porém, de nos debruçarmos nessas questões, é imprescindível algumas considerações de caráter geral. De acordo com a Lei nº 10.826/2003 e os decretos que a regulamentam, são três as espécies de arma de fogo: a) de uso proibido; b) de uso restrito; e c) de uso permitido.

Arma de fogo de uso restrito é aquela que só pode ser utilizada pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército, de acordo com legislação específica (art. 3º, XVIII, Decreto nº 3.665/2000). Segundo os arts. 16 e 17 do Decreto nº 3.665/2000, são armas de fogo de uso restrito, por exemplo, o revólver calibre .357 Magnum, pistolas calibre .40 ou .45, Winchester calibre .243, armas automáticas de qualquer calibre (metralhadoras), armas de fogo dissimuladas (caneta-revólver, maleta-revólver) etc.

Entende-se por arma de fogo de uso permitido aquela cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com a legislação normativa do Exército (art. 3º, XVII, Decreto nº 3.665/2000). O art. 17 dispõe que são exemplos o revólver calibre .38, espingarda calibre .32, espingarda calibre 12, pistola calibre .380, etc.

O conceito de arma de fogo de uso proibido, por seu turno, não encontra previsão legal ou regulamentar, ficando sua definição a cargo da doutrina. Segundo Capez (2015, p. 377):

Trata-se da arma que não pode ser utilizada em hipótese alguma, ou seja, aquela cuja posse ou porte não podem ser autorizados nem mesmo pelas Forças Armadas. [...] proibido é o artefato que não pode ser vendido, possuído ou portado por ninguém. É o caso de um canhão, um tanque de guerra ou de granadas, armamentos que nem mesmo o Exército pode autorizar o particular a ter.

Em se tratando de arma de fogo de uso permitido, dependendo da situação, a conduta pode caracterizar os crimes previstos nos arts. 12 ou 14 do Estatuto do Desarmamento. Por outro lado, se a arma de fogo for de uso restrito caracterizará a infração penal constante do art. 16 do mesmo diploma legal.

Retomando os questionamentos acima expostos, iniciamos pelo que nos parece mais evidente. Pode-se afirmar, com algum grau de segurança, que será considerado hediondo tanto o crime de posse ou porte ilegal de armas de “uso restrito” como de “uso proibido”. Pensar o contrário seria emprestar ainda mais insanidade à legislação sob análise, eis que, como visto, a “proibição” é ainda mais limitadora

do que a “restrição”, de modo que seria absurdo considerar hedionda a conduta de posse ou porte ilegal de armas de “uso restrito” e não hedionda a mesma conduta relativa a armas de “uso proibido”. É visível que o legislador se equivocou e disse menos do que pretendia dizer, como nos ensina o brocardo latino: “Lex minus dixit quam voluit”.

Observe-se que não se trata de “analogia in mallam partem”, mas sim de “interpretação extensiva, teleológica e sistemática”, em superação da simples “interpretação literal”. Não se deve confundir “analogia” com “interpretação extensiva”. De acordo com o escólio de Rosal e Anton (1996, p. 149), alicerçado na doutrina de Windscheid, a chamada “teoria da alusão” estabelece a distinção entre a “analogia” e a “interpretação extensiva”. Nesta, o legislador escreveu menos do que tinha intenção de escrever. Na primeira, o legislador se esqueceu totalmente do que deveria ter escrito e nada consignou. Na interpretação extensiva há a exegese adequada das palavras “aludidas” na lei. Na analogia não há menção ou “alusão” na lei de palavra alguma, então se toma emprestada outra norma similar para completar uma lacuna. Não é isso que aqui ocorre. A “alusão” ao termo “armas de fogo de uso restrito” deve levar à conclusão inarredável, sob pena de redução ao absurdo, de que as “armas de fogo de uso proibido” são também alcançadas.

Lembramos, ainda, que o tipo penal do art. 16, ora em análise, surgiu sob o *nomen iuris* de “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”, mas, na verdade, diversas outras condutas são tipificadas no seu conteúdo, razão pela qual o intérprete não pode se deixar enganar pelo seu título. Em resumo, na descrição típica do art. 16 nós encontramos diversos núcleos que, individualmente, já caracterizam a infração.

Trata-se, portanto, de um tipo penal misto, alternativo ou plurinuclear, onde a prática de duas ou mais condutas no mesmo contexto fático não acarretará o concurso de crimes, respondendo o agente apenas por um único delito (princípio da alternatividade). Da mesma forma, o tipo penal em questão traz no seu interior objetos materiais que vão muito além da “arma de fogo de uso restrito”, abrangendo, ainda, os acessórios e munições, seja uso restrito ou proibido.

Agora, quanto à questão da abrangência geral do art. 16 ou apenas de seu “caput” como hediondo não temos dúvida de que a redação genérica do dispositivo suscitará divergência na doutrina e na jurisprudência. Para Rogério Sanches Cunha (2017), por exemplo, as figuras equiparadas do parágrafo único, do art. 16, também teriam natureza hedionda, senão vejamos:

Parece-nos, todavia, não ser possível limitar a incidência das disposições relativas aos crimes hediondos apenas à conduta do *caput* do art. 16. O projeto da Lei 13.497/17 tramitou, entre o Senado e a Câmara, por mais de três anos, e foi objeto de extenso debate, tanto que foram diversas as modificações promovidas ao longo do caminho (originalmente, aliás, o projeto contemplava o comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo). Fosse para limitar a incidência do maior rigor ao *caput*, temos de supor que o legislador o teria feito expressamente.

Além disso, o citado doutrinador afirma que defender o contrário seria ofensa ao princípio da proporcionalidade, ao expressar que:



Se, ao elaborar tipo do art. 16, o legislador utilizou a fórmula ‘nas mesmas penas incorre’, isso se deu porque as condutas ali elencadas eram consideradas da *mesma gravidade* das anteriores.

*Data maxima venia*, entendemos que, de acordo com a redação dada e com o próprio intento (tresloucado, sim, mas um intento) da lei, somente o art. 16, “caput”, é abrangido pela hediondez. Na sequência são expostos os argumentos que sustentam o nosso ponto de vista.

Um primeiro aspecto que salta aos olhos envolve, justamente, o princípio da proporcionalidade, sob o enfoque da periclitacão da incolumidade pública. Uma coisa é a pessoa portar ou ter a posse de um fuzil AR 15 ilegalmente, outra, totalmente diversa em termos de lesividade, é possuir ou portar um revólver calibre .22 com a numeração ou marca raspadas. Se considerar a posse ou o porte de um fuzil como crime hediondo já revela uma desproporção e irrazoabilidade, imagine-se um revólver calibre .22 com a numeração suprimida!

Do mesmo modo, é certo que ao estabelecer que nas mesmas penas do *caput* do art. 16 incorre aquele que praticar as condutas descritas no seu parágrafo único, o legislador vislumbrou gravidade semelhante entre os tipos penais, como bem alertou Sanches. Contudo, não podemos olvidar que as penas impostas a determinadas condutas constituem somente uma das consequências do delito. Com efeito, a Lei de Crimes Hediondos elencou vários outros rigores jurídicos e penais a serem impostos aos autores de crimes dessa natureza, o que, obviamente, não foi vislumbrado pelo legislador ordinário ao tipificar as condutas do art. 16, *caput* e parágrafo único.

Não se pode, portanto, querer estender os consectários da Lei nº 8.072/1990 às figuras descritas no citado parágrafo único sob o argumento de que seria essa a intenção do legislador, pois, conforme destacado, seu intento foi o de apenas estabelecer as mesmas sanções para os casos elencados no artigo, o que não abrange a imposição de outros rigores, tais como a proibição de anistia, graça ou indulto, a progressão diferenciada de regime (2/5, se primário e 3/5, se reincidente), a necessidade de cumprimento de 2/3 da penas para ter direito à liberdade condicional etc.

Ademais, numa interpretação sistemática da Lei nº 8.072/1990, analisando a estrutura de seus incisos do art. 1º, verifica-se que o legislador foi por demais cuidadoso com a taxatividade. Há menção do “nomen juris” e do exato artigo de lei a que se refere. Quando é o caso de abrangência de parágrafos e incisos adicionais, estes são expressamente arrolados. Em sua falta, a infração não será hedionda. Por exemplo, no roubo, se faz menção ao “latrocínio”, sendo indicado entre parêntesis o art. 157, § 3º, “in fine”, o que faz com que as demais modalidades de roubo simples, majoradas e até mesmo qualificada pela lesão grave (art. 157, § 3º, parte inicial) não sejam consideradas hediondas.

No próprio art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990, está descrito como hediondo o crime de “genocídio”, mas o legislador não o faz de forma genérica, indicando claramente quais os arts. específicos da lei a que se refere (arts. 1º, 2º, e 3º, da Lei nº 2.889/1956). E ainda mais explícita é essa sistemática quando estabelece que o crime de extorsão mediante sequestro é hediondo. Pretendendo

determinar a hediondez de todas as figuras, o legislador não menciona simplesmente o art. 159 do CP, mas sim o art. 159, “caput” e §§ 1º, 2º e 3º.

O mesmo se pode dizer com relação ao estupro e ao estupro de vulnerável, em que não é mencionado somente o “caput”, mas cada um dos parágrafos qualificadores. Perceba-se que se trata de qualificadoras, ou seja, condutas de um mesmo crime, mas consideradas mais gravosas e não de meras equiparações ou mesmo condutas menos gravosas. Isso somente reforça o fato de que, se o legislador quisesse estender a hediondez para o parágrafo único do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, o teria feito expressamente, como o fez em outros vários casos. Interpretação diversa seria um desvio de rota quanto à sistemática da Lei nº 8.072/1990, ainda mais em se tratando de condutas meramente equiparadas e, em geral, de menor ofensividade, já que não envolvem armas de uso restrito ou proibido.

Quando à posse ou o porte ilegal de armas de fogo de uso restrito ou proibido a referência é feita somente ao “art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003”, sem qualquer menção ao seu parágrafo único e respectivos incisos. Considerando uma interpretação sistemática da Lei dos Crimes Hediondos é de se crer que, se o legislador quisesse levar a hediondez ao parágrafo único e seus incisos, os teria descrito no dispositivo. Se não o fez, foi porque não pretendia que as condutas equiparadas que não envolvem armas restritas ou proibidas fossem consideradas como hediondas (HOFFMANN; FONTES, 2017). Ademais, quando se pretende referir a um artigo de lei e se menciona somente o seu número é de se concluir que a referência é feita somente ao “caput”. Quando se pretende atingir algum parágrafo, inciso etc., estes devem ser expressamente mencionados.

Imaginemos que um promotor de Justiça faça uma denúncia por homicídio e aponte no dispositivo somente o art. 121 do CP. A conclusão seria de que ele pretendia fazer uma denúncia por homicídio simples (“caput”) ou qualificado (§ 2º)? É claro e evidente que se referia ao simples, previsto no “caput”. Mesmo que se alegue que importaria mais a descrição da conduta, aplicando-se tal raciocínio do novo art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990, é visível que o legislador descreve como hediondo o porte e a posse ilegais de “armas de fogo de uso restrito” (ou proibido, acrescentamos), de modo a afastar qualquer possibilidade de enquadramento de condutas equiparadas.

O alcance da hediondez ao parágrafo único do art. 16 do Estatuto do Desarmamento somente poderá ocorrer se a arma envolvida na conduta for de uso restrito ou proibido, conforme previsto no “caput”, além da atuação de acordo com algum inciso do parágrafo único. Por exemplo, na supressão ou alteração de sinais identificadores de arma de fogo (inciso I), a hediondez estará presente se tal arma alterada for de uso restrito ou proibido. Isso considerando que para a alteração o indivíduo deverá ter a posse da arma consigo, sendo ela de uso restrito ou proibido. Antes, essa posse seria absorvida, mas agora isso não é mais possível, tendo em vista a hediondez do art. 16.

Na modificação da característica de arma de fogo isso já não acontece, pois a arma não será de uso restrito ou proibido, mas tão somente tornada “equivalente”, de modo que a equiparação consistiria em analogia “in mallam partem” (inciso II). Quanto a artefatos explosivos ou incendiários, conforme consta dos incisos III

e V, “in fine”, não há condição de abrangência pela hediondez, uma vez que não são mencionados no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990.

Eis outra desproporção, já que, no mais das vezes, tais artefatos podem ser mais perigosos para a incolumidade pública do que muitas armas de uso restrito. O porte, posse ou aquisição de arma de fogo com numeração, marca ou qualquer sinal identificador suprimido também somente poderá ser hediondo se a tal arma for de uso restrito ou proibido. Por exemplo, um fuzil com numeração raspada. Nunca uma garrucha velha com a numeração alterada, obviamente (inciso IV).

Da mesma forma, a venda, entrega ou fornecimento de arma a criança ou adolescente somente será hediondo se a arma for de uso restrito ou proibido (inciso V, parte inicial). Quanto ao inciso VI, ao tratar somente de munição ou explosivo, só se poderá falar em crime hediondo nas hipóteses em que a munição ostentar as qualidades descritas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.072/1990.

Outra questão que merecerá acurada análise é a já assentada tese de que, no crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma, o eventual crime de porte ilegal é absorvido<sup>1</sup> (v.g. Quinta Câmara Criminal Apelação Crime ACR 70050877554 RS (TJ-RS) Francesco Conti; TJ-MG – Apelação Criminal APR 10191080158527001 MG (TJ-MG); TJ-MG – 103480700035490011 MG 1.0348.07.000354-9/001(1) (TJ-MG) etc.).

Em se tratando de armas de fogo de uso permitido, nada se altera. Mas, com o advento da Lei nº 13.497/2017, que torna a posse ou porte ilegal de armas de fogo de uso restrito ou proibido em crime hediondo não será mais possível falar-se em consunção do crime-meio (art. 16, da Lei nº 10.826/2003) pelo crime-fim (art. 157, § 2º, I, CP). Não será viável que um crime não hediondo absorva um crime hediondo. Dessa forma, haverá consunção pelo roubo majorado pelo emprego de arma no caso do art. 14, da Lei nº 10.826/2003 (armas de uso permitido), mas não mais em relação ao art. 16 do mesmo diploma (armas de fogo de uso restrito ou proibido), hipótese na qual deve-se aplicar o concurso de crimes. Assim, novamente se nos apresenta de forma escancarada a violação à proporcionalidade. É que um crime fim de lesão não é capaz mais de absorver um crime-meio de perigo abstrato! O perigo abstrato se torna mais grave, para a legislação brasileira, do que o crime de lesão!

Cabe, ainda considerar que em não abrangendo a hediondez o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 10.826/2003, não surge maior problema quanto à questão do conflito aparente de normas do art. 16, parágrafo único, III, que trata dos explosivos e artefatos incendiários, e os arts. 250 (incêndio) e 251 (explosão) do Código Penal. No caso dos verbos “possuir, deter ou fabricar”, não há sequer conflito, mas sim aplicação direta do dispositivo do Estatuto do Desarmamento, eis que o Código Penal não trata desses casos. Mas no verbo “empregar” pode haver conflito, pois certamente um incêndio ou explosão ocorrerá com tal emprego. Nesses casos, a solução dogmática tem sido a de que o crime do Estatuto é de “perigo abstrato” e os do Código Penal são de “perigo concreto”. Então, será aplicado o Estatuto nos casos em que o incêndio ou explosão não coloquem em risco concreto pessoas ou bens, enquanto nos casos de risco concreto a uma ou mais pessoas ou bens devido à explosão ou incêndio deve-se aplicar as normas do Código Penal (MORAES; SMANIO, 2007, p. 343).

No entanto, se vierem a ser consideradas como hediondas as condutas equiparadas do art. 16, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, a solução deverá ser diversa no caso do efetivo “emprego”. No conflito, não será mais possível a absorção do art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/2003, quando houver perigo concreto em explosão ou incêndio efetivos. Nesse caso, dever-se-á rumar para a solução do concurso formal de crimes, já que, novamente, um crime hediondo não poderá ser absorvido por um crime comum. Se nos depararmos com uma absurdidade, na qual um crime de perigo comum concreto não seja capaz de absorver um crime de perigo abstrato, sendo este último tratado pela legislação brasileira como mais grave, o perigo abstrato se torna mais gravoso que o perigo concreto! Entenda suposta lógica de tudo isso quem o puder!

Rumemos agora para o arremate do terrorismo dogmático criado pela Lei nº 13.497/2017, jogando os operadores, estudiosos, professores e demais interessados na Ciência Penal brasileira em um mundo inextricável, um labirinto infernal.


Apenas a título de ilustração e argumentação façamos um breve experimento mental: imagine-se que o legislador brasileiro houvesse catalogado como hediondo o porte de drogas para consumo próprio, ainda que somente de drogas pesadas, e não o fizesse com relação aos tráficos internacional e interno. O que isso seria considerado? Uma aberração sem igual, não?

Pois então, a Lei nº 13.497/2017 erigiu, como já visto, a crime hediondo a posse e o porte ilegais de armas de uso restrito ou proibido. Mas, esqueceu-se de também considerar como hediondos o comércio interno e o tráfico internacional de armas, ainda que fossem somente aqueles de armas de uso proibido ou restrito (arts. 17 e 18 da Lei nº 10.826/2003)! Isso é de pasmarr qualquer um! Note-se que os arts. 17 e 18 têm penas maiores do que o art. 16. E o têm porque, obviamente, o comércio clandestino em larga escala e o tráfico internacional de armas é muito mais lesivo do que o mero porte ou a simples posse individual de uma arma, ainda que esta seja de uso restrito ou proibido.

Antes do infeliz advento da Lei nº 13.497/2017, a questão era resolvida pela absorção do art. 16 pelos arts. 17 ou 18, conforme o caso. É claro, pois a posse ou porte da arma de fogo de uso proibido ou restrito seria um crime-meio para os crimes fins de comércio ou tráfico de armas. Agora, porém, não será mais possível imaginar a absorção. Dever-se-á optar pelo concurso formal de crimes entre o art. 16 e os arts. 17 ou 18, conforme o caso. Não sendo assim, teríamos a prevalência de um crime não hediondo (arts. 17 ou 18) sobre um crime hediondo absorvido. Agora, temos um concurso formal entre crimes não hediondos com pena maior que um crime hediondo com pena menor! Temos crimes muito mais graves e amplos em seu perigo à sociedade não considerados como hediondos, enquanto um crime bem menos grave, de caráter individual, é considerado hediondo! Tudo isso dentro do mesmo diploma legal! A noção de proporcionalidade do legislador brasileiro foi realmente perdida de forma inexorável!

Observe-se, por fim, que se o tráfico de armas ou o comércio clandestino se referir a armas de uso permitido não haverá hediondez de forma alguma, nem mesmo pelo concurso com o art. 16, da Lei nº 10.826/2003. Nesses casos, serão aplicados os arts. 17 ou 18 do Estatuto do Desarmamento, absorvendo-se os arts. 12 ou 14 do mesmo diploma e, não havendo incidência, de forma alguma, ainda que reflexa, da Lei dos Crimes Hediondos. De novo ocorre uma aberração porque

mesmo sendo o tráfico ou o comércio de armas referente àquelas de uso permitido, essa conduta é muitíssimo mais lesiva do que a simples posse ou porte individual, ainda que de armas de uso restrito ou proibido. O potencial lesivo dos arts. 17 e 18 da Lei nº 10.826/2003 é incomensuravelmente maior do que o do art. 16 do mesmo diploma, mesmo que se tratem de armas de uso permitido.

Por tudo isso, concluímos que, uma vez mais, o legislador, movido por questões circunstanciais de clamor social fez uso do “Direito Penal simbólico” e alterou, de maneira atabalhoada, a Lei nº 8.072/1990, inserindo a infração penal descrita no art. 16 do Estatuto do Desarmamento no rol dos crimes hediondos. Contudo, por meio de uma interpretação teleológica e sistemática do referido diploma legal podemos afirmar que a natureza hedionda do delito se limita às condutas descritas no *caput* do artigo em questão, não abrangendo o seu parágrafo único. 

## NOTA

- 1 Agora, se ficar demonstrado que o agente portava a arma em contexto fático distinto do roubo, responderá pelos dois crimes. Nesse sentido: STJ, HC 108.232/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Dj. 22.09.2008: “A conduta de portar armas ilegalmente não pode ser absorvida pelo crime de roubo, quando resta evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência entre as condutas ou subordinação, não incidindo, portanto, o princípio da consunção”.

## REFERÊNCIAS

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4.
- CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. *Redução da Idade de Imputabilidade Penal, Educação e Criminalidade Violenta no Brasil*. setembro de 2015. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/150921\\_nt\\_diest\\_14\\_imputabilidade\\_penal.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150921_nt_diest_14_imputabilidade_penal.pdf). Acesso em: 17 nov. 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.497/17: torna hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito*. 28 de outubro de 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/10/28/lei-13-49717-torna-hediondo-o-crime-de-posse-ou-porte-de-arma-de-fogo-de-uso-restrito/>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. Figura equiparada do porte de arma de uso restrito não se tornou hedionda. 30 de outubro de 2017. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-out-30/opinio-figura-equiparada-porte-arma-uso-restrito-nao-hedionda> . Acesso em: 10 nov. 2017.
- MARCÃO, Renato. *Estatuto do Desarmamento*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I.
- ROSAL, Cobodel, ANTON, Vives. *Derecho Penal*. 4. ed. Valencia: Tirantlo Blanch, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, v. I.



**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na Pós-graduação do Unisal e membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.



# Extinção da Justiça do Trabalho?

■ POR JOSÉ PASTORE E EDUARDO PASTORE

“A Lei nº 13.467/2017 disciplinou a edição de súmulas e outros expedientes jurisprudenciais, o que era necessário, mas não terá força para conter o subjetivismo aludido e afastar o poder normativo. Uma eventual resistência a essas mudanças tenderá a alimentar a ideia de extinção da Justiça do Trabalho como ramo especializado, autônomo e independente do Poder Judiciário.”

**A**o negar a aplicação das regras da Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista), os juízes do Trabalho, reunidos na Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra), provocaram inegável irritação nos parlamentares que, a duras penas, aprovaram a referida lei. Muitos voltaram a especular sobre a extinção da Justiça do Trabalho. Vários argumentos têm sido apresentados para pôr fim à autonomia e independência da Justiça do Trabalho. O mais comum considera ser o Brasil o único país que possui esse modelo.

Essa afirmação não se sustenta, pois inúmeros países têm cortes trabalhistas autônomas e separadas. Na América Latina, praticamente todos. Na Europa, isso ocorre na Alemanha, na Finlândia, na França, na Hungria, na Irlanda, na Noruega e na Suécia, onde os magistrados julgam apenas os conflitos coletivos. Na Bélgica, na Espanha, na Holanda e em Portugal a Justiça do Trabalho atende a conflitos individuais, mas apenas na primeira instância, já que os recursos são encaminhados para a Justiça Cível.

Ao lado desses países, há aqueles em que a Justiça do Trabalho está integrada na Justiça comum. Esse é o caso da Eslováquia e da Polônia para conflitos coletivos e individuais. Na Áustria, na Bulgária, na Dinamarca, na Estônia, na Grécia, na Itália, na Letônia, na Lituânia e em Luxemburgo, os magistrados julgam só conflitos individuais. Na Holanda e em Malta, é assim só na segunda instância. Na Inglaterra, os Tribunais Industriais são de âmbito administrativo (não fazem parte do Poder Judiciário) e só dirimem conflitos individuais. No Japão e nos Estados Unidos, poucas disputas vão para a Justiça Comum, uma vez que a maioria se resolve entre as partes ou com ajuda de mediadores e árbitros.

Entretanto, há um traço comum e muito importante em todos os países: os tribunais de Justiça dirimem apenas conflitos de natureza jurídica e, raramente, de natureza econômica. Esses são ajustados diretamente entre as partes ou por força de greve ou *lock out*. No Brasil, a Justiça do Trabalho dirime conflitos de naturezas jurídica e econômica, além de possuir poder para baixar normas e estendê-las a grandes segmentos do mercado de trabalho (poder normativo). Isso não existe nos países indicados, onde cunhar leis é atribuição exclusiva do Poder Legislativo.

Nas audiências das ações individuais, como há pouco tempo para examinar cuidadosamente os pleitos das partes, os juízes examinam o “pacote” dos pedidos e sugerem (ou até pressionam) reclamante e reclamado a chegarem a um acordo que, se falhar, provoca uma sentença que envolve questões econômicas baseadas em julgamento subjetivo – com grande insegurança jurídica.

Igual insegurança surge de decisões com efeito retroativo. Por exemplo, a Súmula 437, do Tribunal Superior do Trabalho, tornou ilícita a negociação realizada por empregados e empregadores para reduzir o descanso para alimentação de 60 para 30 minutos, depois dessa negociação ter sido autorizada pela Portaria nº 42/2007, do Ministério do Trabalho. As empresas que assim procederam foram condenadas retroativamente a pagar indenizações pelo tempo reduzido, com juros, correção monetária e pesados encargos sociais, ainda que tenha havido o ato jurídico perfeito.

Portanto, é urgente rever e delimitar claramente o campo de ação dos magistrados trabalhistas para dar aos investidores a segurança de que precisam para expandir seus negócios, manter e gerar empregos. A Lei nº 13.467/2017 disciplinou a edição de súmulas e outros expedientes jurisprudenciais, o que era necessário, mas não terá força para conter o subjetivismo aludido e afastar o poder normativo. Uma eventual resistência a essas mudanças tenderá a alimentar a ideia de extinção da Justiça do Trabalho como ramo especializado, autônomo e independente do Poder Judiciário. **■**



**JOSÉ PASTORE** é presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da Fecomercio/SP.



**EDUARDO PASTORE** é advogado trabalhista. Mestre em relações Sociais pela PUC/SP.

# O acordo de leniência e seus reflexos para suas signatárias

■ POR TERESA CRISTINA SANT'ANNA



**“Não se pode confundir o acordo de leniência com a delação, embora os poderes atribuídos ao CADE sejam expressos pela legislação para que possa firmar os acordos. É relevante a atuação do Ministério Público em razão de ser o titular da ação penal nos crimes contra a ordem econômica.”**



**M**uito se fala sobre acordo de leniência, mas poucos sabem exatamente qual é a sua finalidade, eficácia ou consequências. Define o Dicionário Aurélio como leniência a “lenidade, brandura, suavidade, doçura, mansidão”. De fato, o acordo que as empresas fazem visando à extinção da punibilidade ou obtenção do abrandamento de suas sanções não poderia ter um nome mais adequado.

O acordo de leniência teve sua origem nos Estados Unidos, surgiu com o escopo de manter a ordem concorrencial, evitando a prática de infração à ordem econômica.

No Brasil, a inexistência de instrumentos proibitivos de atos de concentração de mercado gerou ampliação de alcance investigativo em decorrência do incentivo dos agentes econômicos para haver o fornecimento de provas que auxiliem a penalização de membros de cartéis, inibindo a prática delitiva sobre a economia popular.

A formação de cartéis é classificada não só como ilícito administrativo como também penal, sujeita à ação pública incondicionada.

O art. 170, V, da Constituição Federal já previu a livre concorrência:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – foi legitimado para conduzir e firmar o referido acordo com empresas e pessoas que queiram contribuir com as investigações, dispondo de informações verídicas de forma voluntária.

As informações prestadas valem como moeda de troca, já que o signatário poderá se beneficiar do abrandamento da punibilidade, devendo, concomitantemente, adotar expressas regras corretivas e preventivas que coíbam e cessem práticas ilícitas contra a administração pública.

## O PAPEL DO CADE PERANTE A PRÁTICA DE CARTEL

Considerando que a prática de cartel é um ilícito administrativo (art. 36, § 3º, I da Lei nº 12.529/2011) e também criminal (art. 4º, II da Lei nº 8.137/1990), a celebração do acordo de leniência confere aos signatários imunidades administrativa e criminal, sendo que os benefícios podem ser estruturados da seguinte forma:

- Na hipótese de o CADE não ter conhecimento prévio da infração.  
**Benefício:** imunidades administrativa e judicial
- Na hipótese de o CADE já ter iniciado um procedimento administrativo para apurar a conduta denunciada.  
**Benefício:** redução de um a dois terços das penalidades previstas.

O CADE celebra acordo de leniência por infração denunciada, de modo a gerar uma corrida entre empresas e indivíduos para aderirem primeiro, antes que outro o faça.

Todavia, considerando que as imunidades administrativas e criminais apenas podem ser concedidas a um signatário, as demais empresas e/ou indivíduos que tiverem interesse em colaborar com as investigações poderão celebrar Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o CADE.

Os TCCs proporcionam às empresas ou indivíduos, a depender da ordem cronológica em que contatarem o CADE, maiores ou menores descontos na multa esperada em uma possível condenação (art. 85 da Lei nº 12.529/2011). Além disso, o CADE também faz interface do compromissário com o Ministério Público a fim

de facilitar a negociação de um acordo de colaboração premiada, bem como a possível concessão de extinção de punibilidade (em alguns casos), em face de acordo de leniência a ser firmado.

## O ACORDO DE LENIÊNCIA DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A leniência no sistema jurídico brasileiro está relacionada à Lei nº 12.529/2011 (sistema brasileiro de Defesa da Concorrência); à Lei nº 9.807/1999, através do programa especial de assistências às vítimas e testemunhas ameaçadas que voluntariamente tenham prestado colaboração à investigação; e à Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Prevê o artigo 86 da Lei nº 12.846/2013, confirmando a competência apenas do CADE, que:

Art. 86. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

- I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e
- II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

A delegação de competência não é entendimento unânime, conforme será posteriormente demonstrado.

## REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA PELA PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA PELO CADE

São requisitos essenciais para que haja a concessão do acordo:

1. que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação, se outra o fizer ela não poderá ser mais signatária;
2. que a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração objeto do acordo ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
3. que a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

O cumprimento do acordo é condicionado ao cumprimento das exigências estabelecidas pelo CADE. Em razão do cumprimento do acordo, haverá as seguintes consequências:

- a) decretação da extinção da punibilidade da administração pública em favor do infrator, caso as condições impostas tenham sido cumpridas integralmente e as práticas delitivas tenham sido cessadas;
- b) redução de penas aplicáveis considerando a colaboração prestada e boa-fé do infrator no cumprimento da leniência.
- c) o acordo e consequências serão estendidos às empresas do mesmo grupo, administradores, empregados envolvidos na infração.
- d) a proposta de acordo será considerada sigilosa, caso não haja aceitação também não importará como reconhecimento de ilicitude.

- e) em havendo descumprimento do acordo o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos.
- f) nos crimes contra a ordem econômica a celebração de acordo de leniência gera a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

### **ACORDO DE LENIÊNCIA E A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

É importante diferenciar a delação prevista no Direito Penal do acordo de leniência. Apesar de ambas serem medidas colaborativas, elas se diferenciam em alguns aspectos, já que a delação premiada pode ser realizada por pessoas físicas e deverá ser homologada pelo Poder Judiciário, com a participação do Ministério Público, podendo resultar na diminuição de pena, enquanto o acordo de leniência é celebrado por órgãos administrativos e pode gerar extinção de punibilidade, e pode ser celebrado tanto por pessoas físicas como jurídicas, o que resulta em especulações quanto a possíveis interferências políticas em sua concessão.

<b>DELAÇÃO PREMIADA</b>	<b>ACORDO DE LENIÊNCIA</b>
Homologada pelo Judiciário, com participação do Ministério Público	Celebrado pelo CADE
Causa de redução de pena	Causa de extinção de punibilidade
Realizado por pessoas físicas	Realizado por pessoas físicas e jurídicas

A extinção de punibilidade decorrente de acordo de leniência pode ocorrer mediante o consentimento do Ministério Público, pois os crimes contra a ordem econômica são de ação pública incondicionada, exclusiva do Ministério Público, o qual na qualidade de titular da ação penal poderá restringir, dispor ou inibir a sua aplicação.

### **ABORDAGEM DO ACORDO DE LENIÊNCIA DA “LEI ANTICORRUPÇÃO” (Lei nº 12.846/2013)**

A lei anticorrupção veio confirmar o que já previa a Lei nº 12.529/2011, ou seja, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos contra a Administração pública, nacional ou estrangeira, que colabore efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

- I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
- II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

### **REQUISITOS PARA ADERIR AO ACORDO DE LENIÊNCIA NOS MOLDES DA “LEI ANTICORRUPÇÃO”**

O acordo de leniência somente poderá ser celebrado se contiver os seguintes requisitos:

- a) a pessoa jurídica ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
- b) a pessoa jurídica cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo.

## CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA “LEI ANTICORRUPÇÃO”

A adesão ao acordo de leniência poderá trazer aos signatários as seguintes consequências:

- a) como na Lei nº 12.846/2013 a rejeição não gera reconhecimento da prática do ato ilícito, o descumprimento do acordo de leniência impedirá a pessoa jurídica de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos, contados do conhecimento pela Administração pública do referido descumprimento;
- b) a pessoa jurídica poderá ter redução em até dois terços do valor da multa aplicável;
- c) obrigatoriedade de a empresa reparar integralmente o dano causado;
- d) os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integrem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas;
- e) haverá sigilo da proposta de acordo, tornando-se pública somente após sua efetivação, salvo se houver interesse das investigações e do processo administrativo;
- f) interrompe o prazo prescricional dos ilícitos praticados contra a Administração pública.

## OUTRAS COMPETÊNCIAS PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA PELA “LEI ANTICORRUPÇÃO”


A Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a Administração pública estrangeira.

A Administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

## CONCLUSÃO

Não se pode confundir o acordo de leniência com a delação, embora os poderes atribuídos ao CADE sejam expressos pela legislação para que possa firmar os acordos. É relevante a atuação do Ministério Público em razão de ser o titular da ação penal nos crimes contra a ordem econômica.

As empresas que têm ciência das consequências na promoção de danos contra a ordem econômica ou práticas contra a Administração pública passaram a adotar travas inibitórias, visando a evitar prejuízos materiais como também às suas imagens.

Nos últimos tempos, grandes empresas envolvidas em ilícitos que aderiram a acordos implantaram programa de *compliance* mais combativo. Porém, já estão com suas imagens maculadas, por isso procuram outros mecanismos visando a recuperar sua credibilidade, quer seja por ações de marketing ou por alteração de razão social para se desvincularem das práticas antigas. 



ARQUIVO PESSOAL

**TERESA CRISTINA SANT'ANNA** é advogada, especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada corporativa de diversas empresas (Nacionais e Multinacionais), dentre elas Banco ABN AMRO Real S.A., Banco Santander S.A., Mantecorp Ind. Química e Farmacêutica e Banco Cetelem S.A. (BNP Paribas Group), Docente pela Universidade Ibirapuera, FAZP - Faculdade Zumbi dos Palmares e Focus - Concursos.

# O IPI não deve incidir na cesta básica

■ POR ALINE MILANSKI

**“A situação atual de que não há agravamento do IPI sobre os produtos da cesta básica pesquisados não é garantia de que isto se mantenha até mesmo no dia de amanhã, já que, embora alguns produtos estejam classificados como não tributáveis (NT), outros estão submetidos à alíquota zero, cuja tributação poderá ser aumentada a qualquer momento (IPI é exceção à anterioridade).”**



O IPI é um imposto sobre as operações com produtos industrializados. Sua função é extrafiscal face à seletividade e à não aplicação do princípio da anterioridade e, ainda assim, tem grande importância arrecadatória para a União. No entanto, o princípio do mínimo existencial não deve ser ignorado.

A teoria do mínimo existencial é um subsistema da teoria dos direitos fundamentais (TORRES, 2009, p. 25). Só os direitos da pessoa humana compõem o mínimo existencial e sem a existência do mínimo necessário cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e as condições de liberdades desaparecem.

O mínimo existencial é entendido como aquela parcela da renda que se destina a solver as necessidades básicas do indivíduo e do núcleo familiar, tais como alimentação, vestuário, educação, lazer, saúde, entre outras consagradas no art. 7º, IV, da CF/1988, que possibilitam a manutenção da dignidade humana.

Os tributos devem ser graduados segundo a capacidade contributiva. De acordo com o disposto no § 1º do art. 145 da CF:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado 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 tributação está limitada à capacidade contributiva do indivíduo, que é determinada conforme a capacidade econômica, ou seja, aquela que excede o mínimo existencial. Por essa razão, a proteção do mínimo existencial torna-se indispensável na formação da capacidade contributiva.

O IPI é um tributo sobre o qual incide o princípio da seletividade. Será essa seletividade que irá incidir sobre as alíquotas, sendo que existirá a função da indisponibilidade, que deverá depender da variação dos produtos. A seletividade é um instrumento útil para a implementação da proteção existencial, que garante a observância da capacidade contributiva. Caso se comprove a inexistência dessa capacidade contributiva, os bens serão vitais, ou seja, protegidos pelo mínimo existencial, por serem considerados essenciais para a vida, consoante o art. 153, § 3º, da CF/1988, o qual em seu inciso I dispõe que: “O imposto previsto no inciso IV: I- será seletivo, em função da essencialidade”.

O princípio da seletividade existe para tratar a incidência da tributação sobre os produtos mais ou menos essenciais, que atinge produtos supérfluos. Logo, são menos necessários. Assim, a Constituição Federal estabelece os princípios e os tributos. Nesse sentido, lei complementar ou lei ordinária deve ser responsável por aplicar os valores devidos a título de tributo e dizer o *quantum debeatur* da obrigação tributária, conhecida como alíquota e que terá que ser proporcional, tendo uma variação de forma constante em decorrência da grandeza econômica tributada. Por essa razão, as alíquotas de agravamento variam de zero a 330% (no caso dos cigarros), conforme a essencialidade e a superfluidade do bem.


O Imposto sobre Produtos Industrializados é um imposto de incidência indireta, pois o ônus financeiro é transferido do fornecedor legal para o adquirente do produto tributado, que é o contribuinte. Assim, os produtos que compõem a cesta básica serão classificados pela essencialidade e superfluidade que os bens acarretam. Por essa razão, as pessoas que consomem os produtos da cesta básica não

terão capacidade econômica para colaborar com a manutenção do Estado, uma vez que os produtos consumidos por elas constituem os bens essenciais, que são indispensáveis à vida humana. Logo, sobre as rendas que suprem as necessidades básicas que garantam as condições mínimas de existência digna do indivíduo não deve incidir tributação.

### PRODUTOS ANALISADOS DA TABELA DO IPI (TIPI)

PRODUTOS	ALÍQUOTAS (%)
Carnes	0
Peixes e crustáceos	NT
Leites, laticínios, ovos de aves	NT
Frutas	NT
Grãos (arroz, milho, soja e trigo)	0
Café, chás, mates e especiarias	0
Cereais	0
Açúcares	NT
Sal	NT
Produtos farmacêuticos	0

Os produtos da tabela foram divididos por categorias, de acordo com a tabela do IPI, sendo considerados produtos naturais derivados de animais, vegetais e minerais e devem ser enquadrados no princípio do mínimo vital, de modo que não sejam impostas alíquotas que possam variar no decorrer do tempo. As mercadorias essenciais à existência da vida humana devem ser selecionadas em razão da necessidade, sendo a ação ideal a da não incidência de tributo, e não apenas a de redução de alíquotas em prol da garantia da dignidade da pessoa humana. Assim, como exemplo, é imperativa a não incidência tributária sobre os produtos relacionados na categoria “grãos” e não apenas a redução à zero da alíquota, uma vez que é possível a elevação.


A situação atual de que não há agravamento do IPI sobre os produtos da cesta básica pesquisados não é garantia de que isto se mantenha até mesmo no dia de amanhã, já que, embora alguns produtos estejam classificados como não tributáveis (NT), outros estão submetidos à alíquota zero, cuja tributação poderá ser aumentada a qualquer momento (IPI é exceção à anterioridade), de acordo com a conveniência política do governo, o que não é admissível, pois são produtos que por não revelarem capacidade contributiva não deveriam sequer estar classificados como passíveis de tributação. Seria conveniente ajustar a legislação do IPI neste sentido, de modo a que os resultados da pesquisa sejam enviados para os parlamentares competentes, visando contribuir para aprimorar a legislação correlata. 

### REFERÊNCIA

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



**ALINE MILANSKI** é advogada graduada pela PUCPR com extensão universitária pela Universidade do Porto (Portugal) e atua no escritório Pagliari e Aguiar Advogados Associados. Foi assessora de juiz no TJMT e professora universitária da UNEMAT.



**“As constantes violações à ordem constitucional vigente, causadas até mesmo por aqueles sobre os quais recai o dever funcional de protegê-la, coloca o Estado brasileiro em situação de perigo e na iminência de sofrer danos irreparáveis.”**

# A República equilibrista

■ POR HENRIQUE NELSON CALANDRA E SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

O período republicano brasileiro é constituído por uma série de gravíssimas crises institucionais. Nos momentos mais conturbados, assistimos ao rompimento das bases estruturais do regime democrático, enquanto em outros casos chegamos demasiadamente perto de um colapso que desafia a inteligência dos cidadãos mais moderados na busca de uma solução pacífica.

No primeiro governo após a queda da monarquia, o país teve de enfrentar alguns conflitos armados decorrentes do choque entre os interesses de setores do Exército e das oligarquias do café. Se não fosse pela renúncia do marechal Deodoro da Fonseca, de tudo que havia sido construído na Cidade Maravilhosa, muito pouco teria ficado de pé. Com a consolidação do novo regime, a política dos governadores deu origem ao famigerado acordo do “café com leite”, que pretendia perpetuar o controle dos paulistas em detrimento das demais unidades da federação. Porém, levando-se em consideração que o Brasil sempre foi, e continua sendo, um país periférico, a crise de 1929 forçou nossas estruturas política e econômica a ter uma mudança substancial. Nesse clima, Assis Chateaubriand projetou Getúlio Vargas como o líder da “Revolução de 1930” para pôr fim à República Velha, sob a promessa da elaboração de um novo texto constitucional que retardava a sair da gaveta, inaugurando a legítima onda separatista vinda de São Paulo, conhecida como Revolução Constitucionalista.

Apesar do novo arranjo político, que viabilizou a promulgação da Carta Magna de 1934, jamais houve um minuto de paz. A época era de ideologias radicais e o cenário favorável aos enfrentamentos de rua promovidos pelos seguidores de Luiz Carlos Prestes e de Plínio Salgado. Em 1937, de forma magistral, o governo valeu-se da insegurança difundida em todos os setores para justificar o ataque direto aos



direitos e garantias fundamentais. O povo não era comunista, nem fascista, mas sim apoiador de Vargas. O que havia de mentira no Plano Cohen sobrava em verdades na “Polaca”, dando origem ao Estado Novo.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, o FMI (Fundo Monetário Internacional) havia elaborado um plano para a América, no qual o nacionalismo de Perón, Cárdenas e Vargas não fazia parte. Apesar do “queremismo”, não havia como resistir à pressão do capitalismo financeiro. E assim, como de costume, as forças militares pretorianas, sob o comando de Eurico Gaspar Dutra e Eduardo Gomes, ficaram responsáveis pela implantação da nova ordem, dando ao Brasil a promulgação da Carta de 1946. Todavia, a manobra que determinou a destituição de Vargas serviu de palco para o próprio “rei deposto” anunciar que voltaria nos braços do povo.

Cumprida a profecia e concluído o governo de Dutra, Getúlio Vargas retornou ao poder pelo sufrágio popular. A oposição acirrada de Carlos Lacerda, seu maior adversário político, fragilizava significativamente as bases do poder. Desde as eleições o lema era: Vargas não pode vencer; se vencer, não irá governar; se governar, não chegará ao fim do mandato. Em meio às acusações de que o Brasil afundava em um “mar de lama”, devido aos sucessivos escândalos de corrupção – incomparáveis às proporções de hoje, diga-se de passagem – a segurança pessoal da Presidência da República antecipou o inevitável mediante a prática de um ingênuo e grotesco atentado à vida de Lacerda, que culminou com a morte do major Vás. Realmente, Vargas tinha razão ao dizer que aquela bala havia sido deflagrada contra ele, pois, ao perder o apoio dos seus ministros militares, se viu entre a renúncia ou a deposição. Preferiu, então, a opção dos mártires, deixando a vida para entrar na História.

Há uma corrente entre os pesquisadores convencida de que o suicídio do chefe da nação apenas adiou por mais dez anos o *Coup d'État* programado desde aquele período. Divergências à parte, o certo é que, embora a comoção popular tenha frustrado temporariamente as articulações da tirania, o período que as antecedeu foi marcado por incontáveis incidentes, os quais colocaram o país na “corda bamba de sombrinha”, como diziam Aldir Blanc e João Bosco em seus versos. Café Filho, Carlos Luz e Nereu Ramos pareciam assumir o comando do Estado como quem segura uma serpente. Juscelino Kubitschek, embora tenha completado o seu mandato, teve de enfrentar a insubordinação de oficiais do Exército e da Aeronáutica nas revoltas de Aragarças e Jacareacanga, mas a arte de prender e anistiar parecia prudente naqueles tempos. Jânio Quadros, talvez esperando o apoio popular para governar com amplos poderes, agravou ainda mais o clima de instabilidade ao renunciar, inesperadamente, aos poderes que lhe foram conferidos por ampla maioria do eleitorado, na oportunidade de varrer a corrupção na cúpula do governo. É curioso constatar que as forças que o levaram a tomar essa esdrúxula decisão até hoje permanecem ocultas.

Com a saída da UDN do poder, havia quem preferisse a guerra civil do que a posse de um representante do velho modelo nacionalista, apoiado por Leonel Brizola, então governador do Rio Grande do Sul. Cogitou-se, assim, a execução da chamada “Operação Mosquito”, que consistia no assassinato do latifundiário acusado de ser simpático ao comunismo, na época o vice-presidente João Goulart, que só conseguiu fazer jus à sucessão após a aprovação da emenda constitucional que implantava o parlamentarismo. As agitações não cessaram, e uma sequência de equívocos, incluindo a inadvertida quebra da hierarquia militar, culminou com a tomada do poder pelas armas mais uma vez. O positivismo parecia ter vencido, apesar de seus defensores até hoje não conseguirem explicar o que aconteceu com a ordem e o progresso.

As eleições diretas para a Presidência da República prometidas pelo presidente Castelo Branco nunca vieram (Cacique Juruna deve ter gravado). Muito pelo contrário, na terra onde a Constituição vale menos do que o papel no qual foi confeccionada até o golpe sofre golpe. A outorgada Constituição de 1967, que havia substituído a de 1946, foi desfigurada com o Ato Institucional nº 5, construído pela “linha dura”. As agitações de rua se converteram em luta armada. O fim dos “anos de chumbo” somente foi anunciado no governo Geisel, com a promessa de uma abertura política “lenta, gradual e segura”, muito mais lenta do que segura. Mesmo assim, foram árduos tempos de inúmeros atos de terrorismo, perseguições e assassinatos, até que o presidente João Figueiredo, que ficou famoso pela sinceridade em suas entrevistas, confessando preferir cheiro de cavalo ao de pobre, consolidou o processo de transição, a fim de que a mais antiga classe política existente no país inaugurasse a chamada Nova República.

A convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte se apresentava como a solução de todos os problemas, bastando, para isso, a criação de artigos, parágrafos e alíneas. Como resultado de uma sequência de trapalhadas, finalmente foi promulgada a Constituição atual, embora a eleição permanecesse indireta para viabilizar, com a morte de Tancredo Neves, o governo civil mais militar da história do país, representado por José Sarney. Os tempos eram outros, mas os problemas continuavam os mesmos: greve geral; choque entre manifestantes e a polícia; inflação galopante etc.

Os boatos de golpe militar voltavam a ser ouvidos em todos os cantos, mas a proximidade das eleições diretas, previstas para 1989, dispensava a tomada de ações extremas. Da noite para o dia, um jovem usineiro, que já havia sido “prefeito biônico” em Alagoas, passou a liderar as pesquisas de voto logo após a revista *Veja* chamá-lo de “caçador de marajás”. Derrotando de forma extraordinária os rivais mais cotados nas pesquisas de opinião, Fernando Collor agiu na contramão das expectativas dos seus eleitores ao promover o confisco das cadernetas de poupança. Contudo, não foi esse o motivo de sua derrubada, mas sim os problemas familiares que levaram o seu irmão a fazer revelações sobre o “esquema PC” – se comparado ao que já foi apurado pela “Lava Jato” fica abarcado pelo princípio da insignificância – que serviram de fundamento para acusação das práticas dos crimes de corrupção e de quadrilha ou bando, este último revogado em 2013. Na ocasião, quem imaginava a solução via golpe de Estado, na realidade viu as instituições funcionarem à luz da Constituição, do mesmo modo dos governos subsequentes, como os de Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, não obstante os sérios problemas que marcaram os últimos vinte e cinco anos da vida política brasileira, sem muita novidade desde o período colonial.


A partir do mandato de Michel Temer, que assumiu a presidência após o *impeachment* de Dilma Rousseff (anistiada pelos tiros, porém condenada pelas pedradas), a desconfiança sobre até quando os ideais republicanos conseguirão se sobrepor às mazelas da tirania vem abatendo a tranquilidade de grande parte da população. As constantes violações à ordem constitucional vigente, causadas até mesmo por aqueles sobre os quais recai o dever funcional de protegê-la, coloca o Estado brasileiro em situação de perigo e na iminência de sofrer danos irreparáveis.

A recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de afastar um parlamentar sem a prévia autorização da casa legislativa a qual pertence, cumulada com a medida cautelar de recolhimento domiciliar, gerou a mais grave crise institucional da historiografia brasileira, podendo ser considerada o

somatório de todas as que foram anteriormente mencionadas. O pior é que o fato ocorreu dias após o general Antônio Hamilton Mourão declarar publicamente o seu posicionamento em favor da intervenção militar, sem, contudo, receber qualquer resposta além do silêncio ensurdecedor das autoridades.

Para a sorte dos que prezam pelo Estado de Direito, ao final das treze horas de debate no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria dos votos, os ministros consolidaram o entendimento de que o Poder Judiciário não pode aplicar, de forma autônoma, aos membros do Congresso Nacional, sem a devida apreciação da respectiva casa legislativa, as medidas cautelares relacionadas no art. 319 do Código de Processo Penal, que afetem, direta ou indiretamente, o exercício do mandato. Com a decisão proferida em antecipação à deliberação do Senado, evitou-se o caos jurídico anunciado. Apesar de a jurisprudência ter sido costurada como colcha de retalhos, reduzindo-se a termo discursos confusos, lidos com voz embargada e trepidante, o que importa é que a ordem constitucional e o regime democrático foram salvos.

O mais curioso de todo o episódio que dominou os noticiários por duas semanas reside na natureza da medida cautelar aplicada, que passou muito longe dos debates na imprensa e na própria Suprema Corte. Até a presente data, ninguém conseguiu explicar qual a cautela pretendida com a proibição de um parlamentar sair de sua casa após determinado horário, e de que forma a imposição judicial poderia evitar a reiteração dos supostos delitos investigados ou favorecer a colheita de provas ou impedir eventual evasão. A imposição parece ter tido como único objetivo sancionar um indivíduo que sequer foi denunciado pelo Ministério Público, além de submeter o Senado a uma dura e inaceitável humilhação. Aliás, vale a pena especular a seguinte hipótese: se a determinação fosse desrespeitada, a medida cautelar seria convertida em prisão preventiva, mesmo não estando prevista na Constituição da República, ou iríamos fazer uma interpretação extensiva do art. 319 do Código de Processo Penal para acrescentarmos, por exemplo, a proibição de ver televisão? Ora, é o Código de Processo Penal que deve ser interpretado à luz da Constituição e não o contrário.

O mal que atinge as instituições na atualidade é a existência de plateia permanente nas redes sociais para qualquer um que sinta, por razões das mais variadas, desejo de escandalizar ou simplesmente obter notoriedade. Nos Estados Unidos, Donald Trump é prova contundente dessa teoria, enquanto aqui no Brasil nenhum outro exemplo supera o da Suprema Corte. Não é por acaso que os onze ministros tenham o índice de popularidade superior aos titulares da seleção brasileira. Eis aí a grande distorção que precisa cessar! Integrantes do Poder Executivo, que dependem do voto popular, necessitam identificar e dizer aquilo que a população quer ouvir, fazendo parte do jogo de sedução do eleitorado até mesmo as mentiras mais descaradas. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal tem a incumbência de identificar e dizer aquilo que está na Lei Maior, independentemente dos efeitos que possam causar à opinião pública. E se o texto constitucional não representa mais os valores da sociedade, que seja convocada uma nova assembleia constituinte. 



ARQUIVO PESSOAL

**HENRIQUE NELSON CALANDRA** é desembargador e especialista em Direito Empresarial, presidente da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil nos anos de 2011-2013; ex-presidente da APAMAGIS - Associação Paulista de Magistrados, professor emérito da Escola Paulista da Magistratura.




ARQUIVO PESSOAL

**SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL** é advogado na AMARAL GURGEL Advogados, autor da Editora Impetus, professor de Direito Penal e Processo Penal.

# Condução coercitiva na investigação criminal

■ POR ANTONIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO



“Inexiste norma jurídica no Direito pátrio que possibilite à polícia judiciária levar à força pessoa para ser ouvida. Não se podem criar armadilhas ao indivíduo para impedi-lo de se preparar para o interrogatório com seu defensor (artigo 8º, 2, do Decreto nº 678/1992).”

**N**a primeira fase da persecução penal a polícia judiciária e o Ministério Público têm o poder-dever de apurar o fato, de modo que possam reconhecer a existência, a causalidade e os elementos indicativos da tipicidade penal. Cumpre a eles, ainda, desvendar os indícios de responsabilidade pela conduta apurada e qual a sua medida (artigos 13, 18 e 29 do CP). Na tarefa de se aproximar da verdade, o mais perto possível, surge o poder de exigir que as pessoas compareçam a atos da persecução penal, pré-agendados, para contribuir com o esclarecimento dos fatos (artigo 6º, IV a VI do CPP).

A seu turno, o juiz criminal na fase investigatória tem o dever de controlar a legalidade dessa atividade de pesquisa oficial sobre o comportamento que se afirma típica e sobre o agente que pode vir a sofrer ação penal. A todo tempo, ao juiz penal se impõe proteger o inocente que não pode ser tratado pelo Estado de modo diferente daquele previsto pela lei (artigo 5º, II e LVII, da CF/1988). Mesmo ao impor medidas restritivas à liberdade (prisão ou medida alternativa à prisão), o juiz faz consoante estreitos limites que a lei lhe autoriza, para hipóteses claras e definidas (artigos 282 e 312 do CPP).

Adotadas tais premissas para a reflexão, pode-se examinar a condução coercitiva na primeira fase do processo penal pátrio. Trata-se de instrumento legal para se impor a alguém o comparecimento perante autoridade policial, ou judiciária. É um ato de coerção que afasta a faculdade de ir e vir, ao determinar que, em dia e hora certos, funcionários públicos qualificados conduzam o indivíduo a prédio

público, diante de autoridade, para fim específico, no âmbito de procedimento investigatório (artigo 260 combinado com o artigo 352 do CPP). É importante reconhecer que se está a cuidar de sanção, no plano normativo, originada da omissão de pessoa física que não tiver respondido à convocação oficial de funcionário público.

Deve-se ter em mente que não se apresenta providência cautelar voltada a obter ou a resguardar prova. Não se desenha providência cautelar de limitação temporal do direito de ir e vir, com o objetivo de atender à investigação criminal. Limita-se a se caracterizar como consequência jurídica à omissão de quem houver deixado de acatar a ordem de autoridade para ato indicado, sem justificar a ausência e sem se comprometer a atendê-la em outra oportunidade.


Mostra-se evidente que tal sanção — fundada em má conduta do indivíduo em procedimento de natureza criminal — não pode impedir o exercício ao direito ao silêncio em interrogatório, nem ao direito à não autoincriminação (por exemplo, em reconstituição de crime – artigo 5º, LXIII, da CF/1988). Não se impinge a ele nada mais do que o dever de acompanhar os funcionários que o apresentarão à autoridade para determinado ato objetivo.

O ordenamento jurídico não reconhece a condução coercitiva como meio para a autoridade policial surpreender o envolvido em persecução penal, nem como método para alijar a ampla defesa e a atividade do advogado, que pode ser previamente escolhido para acompanhamento em oitiva e em qualquer ato que possa trazer efeitos jurídicos (artigo 5º, LV, da CF combinado com artigo 8º, 2, “c” e “d”, do Decreto nº 678/1992 e artigo 6º, 261 e seguintes do CPP).

Em suma, não há previsão legal que autorize a condução coercitiva sem anterior conhecimento do agente constitucionalmente inocente quanto ao dever de comparecer perante autoridade. Portanto, não há a possibilidade da sanção à liberdade sem inércia proposital, seja de ofendido, testemunha, perito ou do suspeito (investigado ou indiciado) diante de intimação para ato de interesse da persecução penal (artigos 201, § 1º, 218, 278 e 260 do CPP).

Inexiste norma jurídica no Direito pátrio que possibilite à polícia judiciária levar à força pessoa para ser ouvida. Não se podem criar armadilhas ao indivíduo para impedi-lo de se preparar para o interrogatório com seu defensor (artigo 8º, 2, do Decreto nº 678/1992). Mostra-se vedado, pois, proibir ambos de ler os autos, no afã de lhes dificultar a reflexão sobre falar, ou se calar perante a autoridade (artigo 5º, LX, da CF combinado com artigo 20 do CPP).

Em realidade, a práxis observada nas recentes ações do Departamento de Polícia Federal — mesmo que embasada em decisões judiciais — não encontra fundamento legal e deve ser reconhecida como ilícita, bem como proibida de vez por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Caso se queira criar nova providência cautelar no processo penal brasileiro, cumpre passar pelo devido processo legislativo (artigo 5º, LIV, combinado com artigo 22 da CF/1988) com olhos atentos às disposições constitucionais e aos tratados internacionais tocantes aos direitos individuais. A desculpa de se substituir a prisão temporária (artigo 1º, da Lei nº 7.960/1989) por esse “garde à vue” tupiniquim envergonha a todos nós. 



**ANTONIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO** é advogado, mestre e doutor em Direito Penal (USP) e pós-doutor no *Ius Gentium Coninbrgae* (Univ. de Coimbra)

# Controles financeiros essenciais para gestão




■ POR EDUARDO SEHNEM FERRO

**“Os controles financeiros são úteis para as decisões empresariais. Fazer o acompanhamento é fundamental para o cotidiano da empresa.”**

**D**evido à estrutura e quantidade de recursos existentes, os controles financeiros são de modo geral eficazes, controlados e bem estabelecidos nas grandes empresas. Já nas pequenas e médias o empresário muitas vezes acumula várias funções dentro do seu negócio, tendo que gerir e operacionalizar as áreas comercial, pessoal e administrativa. Diante da sobrecarga acaba deixando de efetuar alguns controles financeiros básicos e fundamentais para acompanhar o dia a dia da empresa.

Os controles financeiros são úteis para as decisões empresariais. Fazer o acompanhamento é fundamental para o cotidiano da empresa. Pode-se dizer que as informações geradas com os controles representam o primeiro estágio para a gestão do capital de giro. Podemos citar alguns controles básicos, tais como:

- a) **controle e conciliação de caixa:** registra todas as entradas e saídas de dinheiro, além de apurar o saldo existente. A principal finalidade do controle de caixa é verificar se não existem erros de registros ou desvios de recursos. Logo, deve ser conferido diariamente e as diferenças porventura existentes têm de ser apuradas no mesmo dia;
- b) **controle e conciliação bancária:** registro diário de toda a movimentação bancária e do controle de saldos existentes, ou seja, os créditos nas contas da empresa, bem como todos os pagamentos feitos por meio bancário e demais valores debitados em conta. A conciliação bancária tem a finalidade de confrontar os registros da empresa e os lançamentos gerados pelo banco;
- c) **controle de contas a receber e recebidas:** tem finalidade de controlar os valores a receber provenientes das vendas a prazo. Deve ser organizado para fornecer informações sobre o total dos valores a receber de clientes que entrarão no caixa ou banco, além de conhecer o montante das contas já vencidas para tomar providências para a cobrança e fornecer informações para a elaboração do fluxo de caixa. Também é interessante controlar as contas recebidas dentro de determinado período;
- d) **controle de contas a pagar e pagas:** possibilita que o empresário fique permanentemente informado sobre os vencimentos dos compromissos, estabelece prioridades de pagamento em caso de dificuldades financeiras, controla o montante dos compromissos já vencidos e não pagos em situações de dificuldade e fornece informações para elaboração de fluxo de caixa. A análise das contas pagas em determinado período também é importante.
- e) **fluxo de caixa:** consiste na projeção das entradas e saídas de recursos financeiros para determinado período, visando a prever a necessidade de captar empréstimos ou aplicar excedentes de caixa nas operações mais rentáveis. É essencial para uma empresa elaborar um modelo de fluxo de caixa que atenda às suas necessidades de informação, não sendo surpreendida pela falta de dinheiro para quitar alguma dívida, podendo prever isso e tomar alguma atitude antecipadamente.

Os controles citados são básicos para um acompanhamento financeiro, sendo que outras ferramentas e índices podem ser implementados e medidos para uma melhor gestão. 



**EDUARDO SEHNEM FERRO** é controller do escritório *Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados*. Contador Pós-graduado em Docência do Ensino Superior.

# Denúncia do Ministério Público contra o presidente da República:

**oclusão ao livre exercício da justiça corrompe a independência do Poder Judiciário e desrespeita os Direitos Humanos**

■ POR CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO E ANDRÉ LUIS DE LIMA MAIA

**R**ememoramos o grande equívoco praticado na esfera da Justiça brasileira ao se distorcer as corretas interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais, através de um corte de ruptura no sistema criminal democrático.





O Ministério Público, como instituição independente e autônoma, essencial a função jurisdicional do Estado (at. 127 CF), detêm com exclusividade a titularidade da propositura da ação penal pública incondicionada por meio do oferecimento de denúncia-crime ante o Poder Judiciário.

Quer dizer, é privativo do Ministério Público o domínio da acusação por sua qualidade de *dominus litis* – dono da ação penal –, cuja análise da imputação incumbe somente ao Poder Judiciário, que poderá receber a denúncia e instaurar a persecução penal – *persecutio criminis* – ou rejeitar a irrogação ministerial, restando ao *Parquet* interpor recurso em sentido estrito nos termos do art. 581, I, do Código de Processo Penal.

Se instaurada ação penal, ao denunciado cabe exercer sua defesa jurídica diretamente no Poder Judiciário, foro legal e único, e não junto ao Parlamento.

As questões penais (imputação, processamento e julgamento de crime/delito) tramitam na esfera da Justiça criminal, ou seja, uma denúncia proposta pelo Ministério Público diretamente ao Poder Judiciário, e o advogado exerce seu labor no foro legítimo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório. Na resposta à acusação o acusado poderá arguir preliminares, ou seja, ao Poder Judiciário (art. 396-A, CPP).

O advogado, com seu múnus público, pugna pela correta aplicação da Constituição, das normas vigentes ou das leis positivadas, enquanto a sociedade tem o direito de conhecer com total transparência as demandas criminais interpostas ao Judiciário, ou seja, via sistema de justiça criminal.

**“Existindo ou não provas robustas de evidência (certeza) de crime, o Judiciário não pode ficar “a ver navios”, e muito menos a sociedade a assistir mais uma impunidade legitimamente declarada, porque ao se processar o presidente da República após o término do seu mandato é o mesmo que “colocar a pizza no forno e deixar queimar”, ou melhor, esperar a extinção da punibilidade pela via da prescrição.”**

Quando se trata de crime de abuso e desvio de verbas públicas com propósito de corrupção, obstrução da Justiça e organização criminosa contra o presidente da República, este se defende técnica e juridicamente por intermédio de seu advogado junto ao Judiciário, e não por defesa técnica-criminal no Legislativo.

Somente o Poder Judiciário tem competência para analisar, processar e julgar crime, nos termos da lei penal formal, como também para arquivar por falta de justa causa (via *habeas corpus*), condenar ou absolver (decisão de mérito). Todo

e qualquer juiz, seja de primeira ou de segunda instância, inclusive os ministros do Supremo Tribunal Federal devem atuar seguindo a regra do art. 395 do Código de Processo Penal, isto é, receber ou rejeitar a denúncia, e jamais enviá-la ao Legislativo.

Não cabe ao Legislativo suprimir ou excluir do Poder Judiciário competência que lhe é própria. Admitir que o Legislativo tem legitimidade para autorizar o recebimento de denúncia-crime ofertada pelo Ministério Público significa ultrajar o Poder Judiciário e a imagem do Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, criar insegurança jurídica. “Não haverá juízo ou tribunal de exceção” (inc. xxxvii, art. 5º, CF), princípio do juiz natural.

Os Poderes da República são harmônicos entre si (art. 2º CF), de acordo com suas competências e com o sistema de “freios e contrapesos”.

Aos membros do Parlamento (Câmara dos Deputados Federais) incumbe constitucionalmente legislar, propor, discutir e aprovar leis; ao Poder Judiciário aceitar ou rejeitar denúncia-crime promovida pelo Ministério Público, isto é, processar e julgar sem nenhuma ou qualquer intervenção de outrem ou de estranhos.

A cláusula pétreia de separação dos Poderes da República significa que não pode haver intromissão ou supressão de funções, cada qual com sua missão, uma de legislar, outra de executar e a terceira de julgar.

O inciso I do art. 51 da Carta Magna apresenta flagrante intromissão do Legislativo no Judiciário. A ação penal pública é indisponível e obrigatória, devendo tramitar com exclusividade entre o Estado-Acusação e o Estado-Juiz, repetimos, no estrito âmbito do Poder Judiciário.

A Constituição Federal expressa no art. 93, I, que o exercício de magistrado está reservado àqueles que se submeteram e foram aprovados em concurso público na função de juiz substituto (estadual ou federal). O princípio da indelegabilidade da função de magistrado, como regra geral, proíbe que membros do Congresso Nacional exerçam a judicatura, ainda que de modo extraordinário ou parcialmente, para não subtrair competência do Judiciário.

Como exceção, o único juízo político permitido é no processo de *impeachment* (arts. 85/86 da CF e Lei nº 1.079/1950), por se tratar de ilícito de responsabilidade, de acusação política, e não de crime tipificado no Código Penal ou definido em leis extravagantes; a questão é outra e bem distinta.

A Constituição admite que cidadãos atuem como juízes de fato, na qualidade de membros do Conselho de Sentença nos julgamentos do Tribunal do Júri (inc. xxxviii art. 5º CF e art. 432/452 do CPP), somente nos crimes dolosos contra a vida, outra situação.

Note-se ainda que nas comissões parlamentares de inquérito – CPI (§ 3º art 58 CF), ao se apurar fato determinado contra atos ou omissões praticados por autoridade pública, após a conclusão todos os documentos deverão ser encaminhados ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil (ex. improbidade administrativa em ação civil pública) ou criminal (ex. delitos de corrupção, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, etc.), porque o *opinio delicti* é exclusivo do Estado-Acusação (Ministério Público).

Deste modo, não se deve confundir diferentes como se similares ou se iguais fossem. Tampouco deve-se ver semelhanças onde as coisas divergem e não há

como justificar o injustificável, onde o crime vincula-se ao processo penal e este tramita com exclusividade no âmbito do Poder Judiciário, sem exceção alguma, sem interferências e sem licenças estranhas, para não perverter e nem adular o conceito de democracia e de Estado de Direito.

### ANTINOMIA E O CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Ao existir a ocorrência de um colapso entre dispositivos jurídicos, ou seja, um choque entre valores normatizados, a interpretação hermenêutica se faz necessária em busca da solução mais adequada, para definir qual enunciado prevalece. Por exemplo, no art. 51, I, da CF *versus* as normas fundamentais (incs. 5º “caput”, xxxv, xxxvii do art. 5º), e o art. 129, I, da CF consistem em uma antinomia ou conflito aparente entre regras positivadas. “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º, art. 5º), vale dizer, são autoaplicáveis, possuem prevalência hierárquica.

Tal disfunção legal pode-se dar no próprio texto legal, marcando contradição entre dispositivos ou artigos no corpo da Carta Magna. Assim, o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, na função de controle da constitucionalidade das leis, deve interpretar a dicotomia normativa para resolver a questão, definindo por decisão judicial qual dispositivo tem prevalência sobre o outro.

O art. 51, I, da atual Constituição Cidadã, de 1988, é cópia justa da Constituição Militar de 1967/69 (art. 40, I) com descrição idêntica. Mas observamos que naquela época não existia um Ministério Público autônomo e independente, titular exclusivo da ação penal pública, posto que os delegados de Polícia e os juizes de direito iniciavam ação penal por meio de portaria, o que não mais ocorre, uma vez que o artigo 129, I, da “*lex fundamentalis*” proíbe.

O sistema jurídico democrático não admite intromissões na jurisdição criminal, pois a Carta Magna expressa categoricamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso xxxv, art 5º, CF).

Quando o Ministério Público apresenta denúncia-crime, ele exige a sua apreciação pelo Poder Judiciário. O *Parquet* obriga-se ao encargo probatório – *onus probandi* –, restando-lhe o dever de provar a imputação. Por se tratar de uma acusação gravíssima contra a mais alta autoridade do país, o Juízo político deve ser descartado para possibilitar ao chefe do Poder Executivo o exercício regular de sua ampla defesa em Juízo criminal, repetimos, na instância criminal da Justiça.

O dispositivo constitucional citado é uma cláusula pétrea, como garantia judicial fundamental, consagrada pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU/1966) e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969), ambos os instrumentos aderidos e ratificados pela República Federativa do Brasil, em 1992.

Cláusula pétrea não se modifica, encontra-se petrificada. O artigo 60, § 4º, IV, da Carta Magna reza que nem mesmo emendas constitucionais podem abolir direitos e garantias individuais, e somente na vigência do estado de sítio se poderá suspender, por tempo determinado, as garantias constitucionais (art. 138 CF).

Nem sequer o Supremo Tribunal Federal tem autoridade ou legitimidade para ferir ou deixar de aplicar dispositivo constitucional elencado como garantia fundamental.

No Estado de Democrático de Direito, para citar apenas duas regras principiológicas reitoras de Direitos Humanos, destacamos a do Juízo natural e da imparcialidade do juiz, situação impossível de ser alinhada aos deputados federais, porque publicamente eles negociam, comercializam, barganham votos por interesses pessoais ou político-partidários para obter recursos (dinheiro público por meio de emendas parlamentares). Só as referidas condutas já impediriam o exercício da função judicante, por caracterizar suspeição (art. 254 CPP), e restar configurada “venda de sentença” (ex. crime de corrupção, peculato ou concussão), quando se recebe vantagem indevida, direta ou indiretamente, em proveito próprio.

Além da suspeição dos deputados federais, quase a maioria, eles ainda são incompetentes para analisar denúncia oferecida pelo Ministério Público pelo fato de não terem capacidade técnica-profissional para saber o que é dolo, elementos probatórios ou materialidade delitiva. Muitos sequer concluíram curso de Direito.

## CONCLUSÃO

O Ministério Público, em nome da sociedade ou da cidadania, tem direito líquido e certo de ver prestada a jurisdição penal pelo Poder Judiciário. Caso contrário, resta flagrante a “negação de justiça” ou de “obstrução a prestação jurisdicional adequada”, bem como configura “interrupção de acesso e do bom andamento da justiça criminal”.

Cabe ao Ministério Público, no oferecimento da denúncia, apresentar, concomitantemente, preliminar ao Supremo Tribunal Federal, foro adequado para demonstrar a incompatibilidade entre dispositivos em conflito, visando ao questionamento da constitucionalidade do artigo mais importante, ou aquele que prevalece, para sanar a dicotomia legislativa constitucional, que ora se apresenta. Em outras palavras, o artigo 51, I, da CF (que exige solicitação para instauração de processo crime) significa um verdadeiro *aberratio iuris*, posto que atenta contra o necessário e justo processo penal e afeta os princípios que norteiam a República.

O Pretório Excelso (STF) também é foro privilegiado para a análise de recebimento ou rejeição da imputação-crime, em caso de processamento e julgamento contra o presidente da República (art. 102, I, “b”, CF – juiz natural) e ministros de Estado, e o princípio da indivisibilidade da ação penal pública impede o fatiamento da denúncia entre coautores.

O Ministério Público não se submete, em hipótese alguma, aos desejos do Legislativo, quando o tema versar sobre ação criminal, porque a exclusividade da titularidade da imputação penal pública independe (art. 127, CF) de qualquer licença para o devido e obrigatório processamento criminal incondicional (129, I, CF). O Ministério Público possui resiliência, isto é, resiste ao choque de comando (de mando jurídico) com amparo nas cláusulas pétreas (incisos do art. 5º, CF) sobre o político (art. 51, I, CF), a instituição do *Parquet* é responsável constitucionalmente pela tutela do regime democrático e pelos interesses sociais indisponíveis (leia-se dos Direitos Humanos), como “*custus legis*” (fiscal da lei) para a correta interpretação e aplicação das normas e da Carta Magna.

Dizia Rui Barbosa que somente nos regimes autoritários (antidemocráticos e militares) uma questão eminentemente jurídica converte-se em assunto político, isto é, processo penal desconstruído e transfigurado em Juízo político.

Deste modo, o Poder Judiciário não depende de licença do Legislativo para processar quem quer que seja, não se deixando corromper no sentido de não permitir a alteração de sua missão constitucional, isto é, detentor exclusivo de admitir o processamento criminal. Na ação penal pública, a única causa que condiciona o processamento criminal é a representação da vítima (art. 100 § 1º, CP – ação penal pública condicionada), e esta não é a hipótese que se está a tratar academicamente.

O constituinte de 1988 definiu a separação dos três Poderes da República entre suas funções originárias, proibindo, desta forma, abusos e arbitrariedades que causem desarmonia legal.

Uma vez que incumbe ao Ministério Público o *onus probandi* da acusação, isto é, o dever de comprovar a imputação exarada na denúncia, e se na hipótese a acusação for contra a mais alta autoridade da nação, e após a devida análise do Supremo Tribunal Federal ficar decidido que não existem provas de autoria ou de materialidade sobre a participação do presidente da República no ilícito ou ilícitos irrogados, o procurador-geral da República estará sujeito ao crime de responsabilidade por proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo, nos termos do art. 40 da Lei nº 1.079/1950, posto que não se oferece denúncia simplesmente por denunciar (para processar). Do chefe do Ministério Público exige-se correção moral e jurídica, decência e honradez. Este, sim, é o sistema democrático jurídico de freios e contrapesos, sujeitando o mandatário do Ministério Público a um processo de *impeachment* pelo Parlamento, e não impedir que a denúncia seja examinada pelo Pretório Excelso.

O artigo 51, I, da Constituição está em confronto com os incs. xxxv e xxxvii do art. 5º, e a previsão do art. 129, I, da CF. Estes últimos prevalecem. Do contrário, violam-se os princípios fundamentais da obrigatoriedade, da indisponibilidade, da indivisibilidade, da titularidade e da exclusividade da ação penal, da legalidade, do juiz natural, da imparcialidade e da indelegabilidade da função judicante.

Sendo o Poder Judiciário verdadeiramente independente, o Supremo Tribunal Federal exerce livremente sua jurisdição, analisa com autonomia o recebimento ou a rejeição da denúncia-crime, sem a necessidade de encaminhar a imputação ministerial contra o presidente da República a autorização (licença) da Câmara dos Deputados Federais.

Existindo ou não provas robustas de evidência (certeza) de crime, o Judiciário não pode ficar “a ver navios”, e muito menos a sociedade a assistir mais uma impunidade legitimamente declarada, porque ao se processar o presidente da República após o término do seu mandato é o mesmo que “colocar a pizza no forno e deixar queimar”, ou melhor, esperar a extinção da punibilidade pela via da prescrição.

Agora, basta ver “o jeitinho brasileiro” com a acomodação do jurídico-penal no Legislativo. Mas insistimos que por se tratar de crime é o Terceiro Poder (egrégia Corte) que manda em todo o processamento e julgamento do caso. 🇺🇦

ARQUIVO PESSOAL



**CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO** é procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

ARQUIVO PESSOAL



**ANDRÉ LUIS DE LIMA MAIA** é advogado, colaborador, defensor e ativista dos Direitos Humanos.

# Exclusão de sócios em sociedades limitadas

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ

**“O Código Civil (Lei nº 10.406/2002 ) atualmente regula também o Direito das Empresas, inclusive quanto à forma e aos requisitos para a exclusão de sócios das atuais sociedades limitadas. A exclusão de sócios é sempre um tema polêmico e objeto de frequentes questionamentos e disputas judiciais.”**



O Código Civil (Lei nº 10.406/2002) atualmente regula também o Direito das Empresas, inclusive quanto à forma e aos requisitos para a exclusão de sócios das atuais sociedades limitadas. A exclusão de sócios é sempre um tema polêmico e objeto de frequentes questionamentos e disputas judiciais. No passado, a exclusão de sócios nas antigas sociedades por quotas de responsabilidade limitada – atuais sociedades limitadas – era algo não regulado pelo ordenamento jurídico pátrio e que estava sujeita aos diversos entendimentos de nossos tribunais, já que o Decreto nº 3.708/1919, apenas tratava da exclusão do sócio remisso.

Nos termos do disposto no art. 1.085 do Código Civil<sup>1</sup> (remetendo ao art. 1.030<sup>2</sup>), quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, sendo esta uma “exclusão por justa causa”, mediante alteração do contrato social. A exclusão deve ser determinada em reunião especialmente convocada para este fim, com a antecedência mínima, com ciência em tempo hábil ao acusado para permitir seu comparecimento e o amplo exercício do direito de defesa.

Verificada a justa causa, a exclusão de um ou mais sócios pode ser deliberada por decisão da maioria dos sócios, representativa de mais da metade votante do capital social, quando colocar em risco a continuidade da sociedade em função de atos de inegável gravidade. A simples discórdia ou desentendimento quanto a determinadas políticas ou decisões tomadas não são fundamento para a exclusão de sócios, pois não configuram “justa causa”. A título de exemplo, podemos indicar eventos e situações que podem constituir justa causa para exclusão de sócio:

- a) violação de cláusula contratual e/ou falta de cumprimento dos deveres sociais;
- b) desarmonia ou séria divergência com sócios que representem a maioria do capital social, com efeitos negativos para a Sociedade;
- c) atos ou omissões que impeçam ou dificultem a condução normal dos negócios;
- d) inobservância dos deveres de lealdade previstos na lei societária ou inadimplemento da obrigação geral de colaboração;
- e) comprometimento, por atos ou omissões, da sobrevivência normal da Sociedade, ou do desenvolvimento e expansão dos negócios sociais;
- f) uso indevido da firma ou denominação social;
- g) descumprimento das obrigações legais de sócio (arts 1.001 a 1.009 do CC<sup>3</sup>).

Neste sentido, parece-nos importante que o contrato social preveja a forma de convocação e o procedimento de defesa e de deliberação sobre a exclusão e, ainda mais importante, que seja especificado que o sócio que a sociedade pretenda excluir deva participar dos debates mas, em razão de evidente conflito de interesse na votação, não deva ter direito de voto na deliberação sobre a exclusão, que deverá ser aprovada pela maioria votante dos sócios.

Ademais, do ato deliberativo deve ser lavrada e extraída ata visando a formalizar todas as decisões dos sócios, ainda que haja desídia do sócio que se pretenda excluir na assinatura do documento, fato que poderá ser atestado por testemunhas e deverá necessariamente constar em ata, para os devidos fins de direito e registrais.

O Código Civil fixa o cometimento de atos de inegável gravidade (singular ou sucessivos) capazes de colocar em risco a continuidade da empresa como requisito para que seja possível a configuração da justa causa. Isto não impede que os sócios, no momento da formação do contrato social ou de sua eventual alteração, possam definir e elencar, de forma exemplificativa, atos que possam ensejar justa causa, como os indicados no capítulo Dos Direitos e Obrigações dos Sócios do Código Civil.

Os haveres do sócio excluído serão apurados e pagos na forma prevista no contrato social, tomando-se como data base de apuração a de deliberação da exclusão. Trata-se de polêmico e complexo tema, ainda mais quando nos deparamos com instrumentos societários simplórios e de redação bastante despreocupada neste sentido. Por isso, é de igual importância (para não dizer vital) que o contrato social tenha os critérios para tal pagamento estabelecidos de formas racional e equilibrada, não prejudicando o sócio excluído, mas também pensando e estruturando maneiras de não comprometer o caixa e o fluxo financeiro da empresa, com eventual rápida descapitalização.

Após deliberada a exclusão do sócio, se aprovada, deve ser formalizada por instrumento particular de alteração de contrato social, subscrito por sócios representando a maioria votante do capital social, a ser devidamente levado a registro na Junta Comercial competente, ainda que sem a assinatura do sócio excluído, que poderá se negar a assinar o documento como estratégia para postergar ou tentar evitar o registro público de sua exclusão.

Podemos dar um pontual (mas delicado) exemplo relacionado com o art. 1.011 do Código Civil, o qual determina que:

O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

§ 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

Entendemos que, caso o sócio seja também administrador da sociedade e incorra em alguns dos impedimentos, sem ter revelado aos demais sócios, ocultando sua situação impeditiva, além de infringir o disposto no § 1º do art. 1.011 do CC viola o próprio *caput*, não agindo com cuidado e diligência, dando total razão e fundamento para a consequente exclusão da sociedade por fundamentada justa causa.

Em suma, indicamos a possibilidade de exclusão do sócio de sociedade limitada, sendo necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) expressa previsão de exclusão no contrato social; (ii) prática de ato de inegável gravidade (falta grave); (iii) reunião/assembleia de quotistas especialmente convocada



para o fim de deliberar a exclusão, dando oportunidade de defesa ao sócio; (iv) os quotistas representando mais da metade do capital social devem ter deliberado e aprovado a exclusão. **c**

## NOTAS

- 1 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Seção VII - Da Resolução da Sociedade em Relação a Sócios Minoritários - Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.
- 2 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente. Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026.
- 3 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Seção II - **Dos Direitos e Obrigações dos Sócios** - **Art. 1.001.** As obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais. **Art. 1.002.** O sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções, sem o consentimento dos demais sócios, expresso em modificação do contrato social. **Art. 1.003.** A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio. **Art. 1.004.** Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora. Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1o do art. 1.031. **Art. 1.005.** O sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela evicção; e pela solvência do devedor, aquele que transferir crédito. **Art. 1.006.** O sócio, cuja contribuição consista em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído. **Art. 1.007.** Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas. **Art. 1.008.** É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas. **Art. 1.009.** A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade.



**LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ** é advogado e consultor. Sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP; Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da USP; Pós-graduado em Direito Societário do INSPER; Bacharel em Direito pela PUC/SP. Autor dos livros “Acordo de Quotistas – Análise do instituto do Acordo de Acionistas previsto na Lei 6.404/1976 e sua aplicabilidade nas Sociedades Limitadas à Luz do Novo Código Civil brasileiro, com contribuições da Teoria dos Jogos”; “Commercial and Economic Law in Brazil”. Holanda: Wolters Kluwer – Law & Business, 2012; “Defesa da Concorrência no Mercosul – Sob uma Perspectiva das Relações Internacionais e do Direito”. Coautor de “Organizações Internacionais e Questões da Atualidade”; “Direito dos Negócios Aplicado – Volume I – Do Direito Empresarial”; de “Direito Empresarial Contemporâneo – Uma visão bilateral entre Brasil e Portugal”.



*Eduardo Lima de Matos*

---

## Reforma política – um ato republicano

**O**povo brasileiro assistiu ao fracasso de mais uma reforma política, uma vez que o projeto aprovado não representou modificação substancial, apenas pontual e que não alterou o panorama político atual, que está bastante complexo.

A questão da representatividade deveria ter sido enfrentada de forma mais contundente, pois o Brasil permite um número imenso de legendas partidárias. Contudo, com representatividade diminuta a democracia é enfraquecida no seu âmago. Alencar (1868, p. 58) escreveu:

Sempre que a política se retraia dentro dessa larga esfera, e aparte-se da circunferência para se concentrar nesse ou naquele ponto: ela descabe de sua alta missão; desnacionaliza-se; perde o caráter pleno e absoluto que lhe transmite a comunhão. Em suma, desce da esfera elevada da nação ao nível da cidade, da aldeia, e até da individualidade. Ha um atrofia política.

A democracia está sedimentada no equilíbrio de forças diversas, que representam o conjunto. Quando ocorre pulverização desmedida proliferando legendas pequenas

e sem representatividade, esse fato enfraquece o conjunto do exercício da representação do povo, detentor do poder na forma do art. 1º da Constituição de 1988.

Os pontos fulcrais de uma reforma não foram enfrentados. O fundo partidário deve ser o menor possível num país que tem déficit na educação e, principalmente, crise na saúde, com hospitais lotados e cidadãos morrendo por falta de assistência.

Candidatura avulsa, outro tema importante, foi vedado, uma realidade. Basta estabelecer uma cláusula de barreira, ou seja, um percentual mínimo de representatividade, para assegurar que a população possa eleger um candidato avulso com grande representatividade popular.

Num Brasil de contradições quanto menos se gastar numa campanha, melhor. Os recursos públicos devem estar concentrados nos gastos com saúde, segurança e educação, jamais no sistema político, que deve ser o mais econômico possível.

Outro ponto não enfrentado foi a unificação das eleições, voltando ao tema já referido, pois um país com graves problemas sociais, que a cada dois anos gasta bilhões para realizar eleições, precisa enfrentar essa questão tomando medida de unificação geral das eleições com mandatos coincidentes em todos os níveis, de seis anos, sem reeleição.


A reeleição tem sido um grande problema no Brasil. Seria melhor um mandato um pouco maior, por exemplo, de seis anos, sem reeleição, fator que diminuiria o gasto com o processo eleitoral e proporcionaria ao eleito a oportunidade de cumprir metas do planejamento plurianual sem os transtornos de uma campanha de reeleição.

O processo eleitoral deve ser centrado em mídia gratuita e com o menor gasto possível, pois fere o princípio constitucional da razoabilidade um país gastar bilhões no processo eleitoral e não no Sistema Único de Saúde, o qual deveria funcionar adequadamente.

Dessa forma, mais um ano chega ao fim e um novo pleito eleitoral se aproxima, mais uma vez sem definição concreta acerca da reforma política. Houve apenas um arremedo raquítico e sem grandes alterações, permanecendo alguns dos problemas que deveriam ter sido enfrentados adequadamente, mas não foram.

Os temas que deveriam ter sido alterados são os seguintes:

1. unificação de todas eleições com mandato de seis anos;
2. fim da reeleição;
3. admissão de candidaturas avulsas;
4. cláusula rigorosa de barreira para refinar a representatividade;
5. redução drástica de repasse de recursos públicos;
6. tornar obrigatório o uso de mídias gratuitas;
7. fidelidade partidária rigorosa, sem válvulas de escape como existe hoje.

Essas são pequenas sugestões para uma reforma política, mas com temas polêmicos que não foram enfrentados neste ano, na reforma raquítica e muito distante da realidade brasileira. 

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, José de. *Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Garnier, 1868.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2016.



Na **Prática Forense** você estuda  
com os grandes mestres do Direito.

Tel. (61)

**3225-6419**

[www.zkeditora.com.br](http://www.zkeditora.com.br)

  
zakarewicz  
editora