

# Revista de Direita UPIS

2014 v. 12

## EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

## CONSELHO

Anna Chrystina Porto  
Antonio Pedro da Silva Machado  
Beatriz Emilia Bartoly  
Esdras Dantas de Souza  
Esdras Neves de Almeida  
Ives Gandra da Silva Martins  
Ivo Montenegro  
João Mauricio Leitão Adeodato  
Luiz Antonio Borges Teixeira  
Magda Montenegro  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello  
Orival Grahl  
Pietro Lemos Costa



Faculdades Integradas

**Diretor-Presidente**  
**Diretor Administrativo**  
**Diretor Financeiro**  
**Diretor de Ensino**  
**Diretora de Avaliação**  
**Diretor de Pós-Graduação**

Vicente Nogueira Filho  
José Rodolpho Montenegro Assenço  
Ruy Montenegro  
Benito Nino Bisio  
Andrezza Rodrigues Filizzola Bentes  
José Ronaldo Montalvão Monte Santo

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”  
CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

---

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003)  
– Brasília, DF/ UPIS, 2014.  
v. 12.  
ISSN 1678-3107  
Publicação anual

1. Direito – Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

---

### **Revisão de Originais**

Ruy Davi de Góis

### **Revisão Final**

Ruy Davi de Góis  
Geraldo Ananias Pinheiro  
Magda Montenegro

### **Tradutor**

Alcides Costa Vaz

### **Capa**

Marcelo Silva Alves

### **Diagramação, editoração eletrônica e impressão**

Gráfica e Editora Inconfidência

# SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 7** O comércio de produtos de conveniência por drogarias  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 17** O devido processo legal e a Constituição de Cádiz.  
Uma análise histórico-jurídica sobre as garantias processuais penais  
no liberalismo gaditano.  
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha  
Romeu Costa Ribeiro Bastos
- 47** Administrando a falência  
Ives Gandra da Silva Martins Filho
- 51** O Resgate da Equidade no Direito e na Justiça  
Carlos Aurélio Mota de Souza
- 65** Privatização (gestão privada) ou cogestão do sistema penitenciário?  
Ranulfo José Prado
- 97** Normas para colaboradores

# SUMMARY

- 5** **Presentation**
- 7** **The trade of convenience goods by drugstores**  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 17** **Due Process of Law and the Cadiz Constitution: a juridical and historical analysis of criminal procedural guarantees in Gaditan liberalism.**  
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha  
Romeu Costa Ribeiro Bastos
- 47** **Managing the breakdown**  
Ives Gandra da Silva Martins Filho
- 51** **The redemption of equity in justice and law**  
Carlos Aurélio Mota de Souza
- 65** **Privatization (private management) or co-management of the prison system?**  
Ranulfo José Prado
- 97** **Norms for contributors**

## APRESENTAÇÃO

O Ministro Marco Aurélio Mello, em bem concatenado artigo, aborda o problema da permissão do comércio de artigos de conveniência por farmácias e drogarias. Essa questão, suscitada pelo Procurador-Geral da República, em sede de várias ADI e uma APDF, trata de tema inserto no artigo 24 da Carta – a competência da União para dispor acerca de normas gerais e a concorrente dos Estados e do Distrito Federal para, em caráter suplementar, fazer observar a realidade própria de cada unidade federativa, chamado pelo autor de *condomínio legislativo*. Após apontar desproporcionalidade na tese defendida pelo PGR, conclui por apontar a correção do STF em decidir pela constitucionalidade das normas, fortalecendo o federalismo brasileiro, ao assegurar o estrito cumprimento das regras de competência legislativa e a correlata distribuição de oportunidades de normatização entre os entes.

Maria Elizabeth Teixeira Rocha, Ministra do STM, em notável parceria com Romeu Costa Ribeiro Bastos, ela com sua visão pragmática de juiz criminal e ambos com larga experiência no magistério, contribuíram, nesta edição, com tema da mais alta importância para a área penal: *o devido processo legal penal*. Ocorre que a inspiração do texto não é deduzida das fontes naturais do direito anglo-saxão, mas vale-se, sobretudo, de matriz que, embora de curta duração temporal, serviu de paradigma para diversas constituições no mundo, inclusive a brasileira de 1824. Trata-se da Constituição de Cádiz, de 1812, elaborada para fazer face às exigências de uma Espanha que tivera seu rei destronado pelas forças invasoras de Napoleão. O texto demonstra, com rara habilidade, as dificuldades enfrentadas por essa Carta que, apesar das conjunturas adversas, soube impor-se como um modelo fortemente preocupado na defesa do indivíduo contra o Estado, forjando um hábil mecanismo de conciliação do binômio liberdade-autoridade, modelo que iria inspirar o constitucionalismo ibero-americano que lhe seguiria os passos.

Ives Gandra da Silva Martins Filho, com sua larga experiência e autoridade de juiz da Suprema Corte do Trabalho, apresenta uma breve descrição da caótica situação do judiciário brasileiro, atolado em milhões de processos e sem condições mínimas de solução com os recursos disponíveis, resultando em uma Justiça tardia. Aponta soluções capazes de racionalizar as instâncias extraordinárias. Tais mudanças, adverte, dependem de forte disposição política para serem implementadas.

Carlos Aurélio Mota de Souza trabalha o tema Equidade há mais de 20 anos, desde quando defendeu sua tese de doutoramento na USP, em 1989. Suas aulas de Direito e de Filosofia levaram, desde então, a marca de sua pessoal convicção da necessidade de que os sistemas jurídicos incorporem a Equidade como fator persuasivo de um Direito mais Justo e mais Equânime. Neste momento, empenha-se, novamente, nessa tarefa e este artigo é o prenúncio de um livro que está no prelo. A sua leitura remete o leitor, imediatamente, a uma nova dimensão do Direito, como a forma ideal de solução de conflitos.

Estudioso das formas de aproveitamento das Parcerias Público-Privadas (PPP) para administrar áreas em que o Estado mostra-se cada vez menos capaz de fazê-lo com eficiência, o Professor Ranulfo Prado, utilizando-se de seu profundo conhecimento da experiência portuguesa, dedicou-se a estudar a possibilidade de utilização da PPP como solução da crônica e desumana deficiência do sistema prisional brasileiro. Em estudo comparado com outros países, notadamente França, Grã-Bretanha e Estados Unidos, analisa, minuciosamente, as vantagens e desvantagens do uso dessa ferramenta, abordando, inclusive, os aspectos do monopólio do Estado nessa questão.

O Editor

**Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**

*Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Presidente do Supremo Tribunal Federal (maio de 2001 a maio de 2003) e do Tribunal Superior Eleitoral (maio de 1996 a junho de 1997, maio de 2006 a maio de 2008, novembro de 2013 a maio de 2014).*

***O comércio de produtos de conveniência por drogarias***

## **1. Introdução**

No mês de maio de 2013, o então Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, formalizou ações diretas de inconstitucionalidade, a envolverem leis estaduais, e uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, contra lei do Município de Várzea Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, todas versando a permissão do comércio de artigos de conveniência por farmácias e drogarias. Os processos são os seguintes:

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.948/RR, relator ministro Gilmar Mendes, Lei nº 762/2010, do Estado de Roraima;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.949/RJ, relator ministro Ricardo Lewandowski, Lei nº 4.663/2005, do Estado do Rio de Janeiro;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.950/RO, relatora ministra Cármen Lúcia, Lei nº 2.248/2010, do Estado de Rondônia;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.951/PI, relator ministro Teori Zavascki, Lei nº 5.465/2005, do Estado do Piauí;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.952/PB, relator ministro Luiz Fux, Lei nº 7.668/2004, do Estado da Paraíba;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.953/MG, relator ministro Gilmar Mendes, Lei nº 18.679/2009, do Estado de Minas Gerais;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.954/AC, de minha relatoria, Lei nº 2.149/2009, do Estado do Acre;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.955/CE, relator ministro Dias Toffoli, Lei nº 14.588/2009, do Estado do Ceará;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.956/AM, relator ministro Dias Toffoli, Lei nº 63/2009, do Estado do Amazonas;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.957/PE, relatora ministra Cármen Lúcia, Lei nº 14.103/2010, do Estado de Pernambuco;
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 273/MT, relator ministro Celso de Mello, Lei nº 2.774/2005, do Município de Várzea Grande, Estado de Mato Grosso.

Em síntese, o Ministério Público Federal arguiu revelarem as normas impugnadas inconstitucionalidade formal e material. Quanto ao primeiro aspecto, sustentou haver ocorrido usurpação da competência da União para legislar sobre normas gerais de proteção e de defesa da saúde, estabelecida no artigo 24, inciso XII, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Quanto ao exercício da competência legislativa da União, aludiu à Lei federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, regulamentada pelo Decreto nº 74.170, de 1974, que teria disposto de modo abrangente sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, não havendo deixado espaço de conformação ao legislador estadual para editar atos de caráter geral acerca do tema.

Reportou-se à Lei nº 9.782, de 1999, que conferiu à Agência Nacional de Vigilância Sanitária a atribuição de normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde e de autorizar o funcionamento de farmácias e drogarias. Mencionou a Resolução nº 328, de 1999, com a redação dada pela Resolução nº 173, de 2003, ambas da referida Agência Nacional, a proibir expressamente a venda de artigos de conveniência como condição para o funcionamento de farmácias e drogarias. Evocou instruções normativas da Agência nas quais consta rol taxativo dos produtos permitidos para dispensação e comercialização nesses estabelecimentos – drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e similares.

Aduziu que os produtos correlatos passíveis de comercialização, por definição legal, são apenas os relacionados à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, bem como à higiene pessoal ou de ambientes, ou aqueles destinados a diagnósticos e análises. Argumentou que a norma questionada extrapola esses parâmetros, porquanto autoriza o comércio de produtos como cartões telefônicos e recarga para celular, bebidas lácteas, cereais, chocolates e achocolatados, sorvetes, doces, salgados e picolés, refrigerantes, energéticos, biscoitos, assim como a prestação de serviços de fotocopiadora, de recebimento de contas de água, luz, telefone e pagamento de boletos bancários em geral.

Alegou que a competência legislativa dos Estados e do Distrito Federal deve ser apenas a de regulamentação de produtos afins como estabelecidos pela norma federal, não lhes sendo permitido ampliar essa definição. Citou precedentes do Supremo em que delimitada a competência legislativa suplementar dos Estados e do Distrito Federal – Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS, julgada em 8 de maio de 2003, e nº 3.645/PR, apreciada em 31 de maio de 2006, ambas da relatoria da ministra Ellen Gracie.

No tocante à arguição de inconstitucionalidade material, apontou violação ao direito à saúde, previsto nos artigos 6º, cabeça, e 196 do Diploma Maior.

Destacou a importância, para o direito à saúde, da limitação do funcionamento de farmácias e drogarias ao comércio de produtos farmacêuticos e correlatos, pois a descaracterização desses estabelecimentos como local específico de cuidados com a saúde poderia prejudicar a percepção da população quanto ao papel que devem desempenhar e, com isso, induzir o uso indiscriminado de remédios e a prática de automedicação, aumentando os riscos de intoxicação.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.954/AC, de minha relatoria, versada a Lei nº 2.149/2009, do Estado do Acre, votei no sentido da improcedência do pedido, assentando a constitucionalidade da autorização legal, pelos Estados e pelo Distrito Federal, do comércio de produtos de conveniência por farmácias e drogarias. Os demais ministros do Tribunal votaram no mesmo sentido. O julgado tornou-se o caso pioneiro da matéria, vindo o entendimento a ser adotado, posteriormente, nas mencionadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.948/PR, nº 4.949/RJ, nº 4.951/RO, nº 4.953/MG, nº 4.955/CE e nº 4.956/AM.

Neste texto, apresento as premissas e os fundamentos de meu voto na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.954/AC. O artigo terá a estrutura a seguir delineada: no tópico (2), abordo as razões de não haver a inconstitucionalidade formal alegada, consideradas as regras constitucionais de competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal. Na sequência (3), aponto os motivos da improcedência dos argumentos quanto à inconstitucionalidade material. Ao final (6), estará a conclusão.

## **2. Da ausência de inconstitucionalidade formal: a competência dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a matéria**

O Procurador-Geral da República arguiu, ante o disposto no artigo 24, inciso XII, § 1º e § 2º, da Carta Federal, ter o legislador do Estado do Acre – Lei nº 2.149, de 30 de setembro de 2009 –, usurpado a competência da União para legislar sobre normas gerais de proteção e de defesa da saúde, ao disciplinar o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. Trata-se, a mais não poder, de premissa incompatível com o regime de divisão de competências legislativas encerrado na Constituição, revelando pretensão de amesquinamento do Poder Legislativo dos Estados e do Distrito Federal.

O sistema de distribuição de competências materiais e legislativas, privativas, concorrentes e comuns, entre os três entes da Federação, tal como estabelecido na Carta de 1988 e tendo em vista a aplicação do princípio da predominância do interesse, é marcado pela complexidade, não sendo incomum

chamar-se o Supremo a solucionar problemas de coordenação e sobreposição de atos legislativos, especialmente, federais e estaduais. A harmonia do sistema federativo encontra no Tribunal momento exegético determinante, com destaque para os conflitos surgidos ante o condomínio legislativo previsto no artigo 24 da Carta – a competência da União para dispor acerca de normas gerais sobre as matérias nele arroladas (§ 1º), e a concorrente dos Estados e do Distrito Federal para, em caráter suplementar, fazer observar a realidade própria de cada unidade federativa (§ 2º).

O inciso XII do aludido artigo 24 versa a competência concorrente entre a União e os Estados no campo da proteção e defesa da saúde – cumpre ao ente central editar normas gerais e diretrizes fundamentais, e aos locais, as suplementares, em face do que estabelecer o Legislativo federal. Na inicial, o Procurador-Geral apontou ter a União exercido a competência geral, relativa ao tema, por meio da Lei nº 5.991, de 1973, segundo a qual o “comércio de drogas, medicamentos e de insumos farmacêuticos é privativo” de farmácias e drogarias.

Eis a controvérsia definida pelo Supremo nas aludidas ações diretas: os Estados e o Distrito Federal podem autorizar, mediante lei e em observância ao que disposto no mencionado Diploma federal, a comercialização dos chamados “artigos de conveniência” pelos aludidos estabelecimentos sem que isso represente invasão da esfera de ação legislativa da União? No voto que proferi, consignei ser a resposta afirmativa, e isso por dois motivos sucessivos: primeiro, porque a norma impugnada não cuida de proteção e defesa da saúde, e sim de local de venda de certos produtos; segundo, porquanto, ainda que se entenda existente disciplina relativa à saúde, essa se deu no campo suplementar, descabendo cogitar da edição de normas gerais pelo Estado do Acre.

Ao autorizar a venda de “artigos de conveniência” por farmácias e drogarias, o legislador estadual nada dispôs sobre saúde, e sim acerca do comércio local. Não se tratando de operações de venda interestadual, em relação às quais incumbe à União a disciplina – artigo 22, inciso VIII, da Carta –, e inexistindo norma constitucional específica a respeito da regulação do comércio de artigos de conveniência, remanesce a competência dos Estados para legislar sobre o tema – artigo 25, § 1º, da Constituição –, sendo permitido aos municípios disporem de forma complementar, caso imprescindível diante de particularidades e interesses locais, em observância a normas federais e estaduais.

Daí a insubsistência de alegar conflito no âmbito da competência concorrente versada no mencionado inciso XII do artigo 24. Falta elemento objetivo imprescindível – normatização sobre proteção e defesa da saúde. Autorizar a ven-

da de produtos lícitos, de consumo comum e rotineiro, em farmácias e drogarias não atrai a aplicação dessa regra de competência legislativa. Diferente seria se a norma estadual regulasse a comercialização de medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos, porque mercadorias terapêuticas, em outros estabelecimentos além dos especializados, farmácias e drogarias.

Deve o Supremo realizar interpretação harmonizante. Não pode, como “Tribunal da Federação”, potencializar conceitos e critérios constitucionais de rateio de atribuições normativas de modo a ampliar as possíveis áreas de sobreposição e conflito legislativo e material entre os três níveis de governo. A interpretação há de ser estrita, única forma de assegurar, linearmente, os espaços de autonomia política de cada ente a ser exercida, de maneira coordenada, tendo em conta os interesses predominantes. Não sendo revelada disciplina expressa e inequívoca quanto à saúde, cumpre afastar da norma estadual impugnada os parâmetros constitucionais do inciso XII do artigo 24.

De outro modo, mesmo se, eventualmente, a conclusão fosse no sentido de haver norma estadual a versar proteção e defesa da saúde, isso não conduziria a assentar a ocorrência de invasão de competência da União, porquanto o Estado do Acre atuou exclusivamente no campo suplementar.

Por meio da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, regulamentada pelo Decreto nº 74.170, de 1974, a União estabeleceu normas gerais sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, nada dispondo acerca da venda de bens de conveniência por farmácias e drogarias. Ao contrário do que afirmado na peça inicial, a disciplina federal não é abrangente a ponto de ter excluído do legislador estadual margem política para editar atos dessa natureza e com tal conteúdo. Já havia consignado em outra oportunidade que “a competência concorrente não compele os Estados à edição de diplomas legais repetindo literalmente o que porventura se contenha na legislação federal (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.278/SC, de minha relatoria, julgada em 18 de maio de 1995). Sem proibição expressa, não se pode cogitar de regramento prévio da matéria pelo diploma federal, presente espaço de atuação suplementar do Estado do Acre.

A par desse aspecto, à circunstância de constar, no artigo 5º, cabeça, da Lei nº 5.991, de 1973, ser privativo das farmácias e drogarias o comércio de drogas, medicamentos e de insumos farmacêuticos não corresponde a proibição de esses estabelecimentos comercializarem outros produtos. Por meio da norma federal, procurou-se garantir, tendo em vista a segurança da saúde do consumidor e como diretriz essencial nesse campo, que esses produtos sejam vendidos apenas por

estabelecimentos especializados, nos quais atua profissional habilitado – o farmacêutico. Contudo, isso não autoriza interpretação no sentido de a especialização necessária excluir a possibilidade de farmácias e drogarias comercializarem bens diversos. Na realidade, tal entendimento implicaria situação inversa à alegada nas ações diretas – a de invasão de competência dos Estados pela União, haja vista norma com esse conteúdo, ao entrar em pormenores, vir a extrapolar o campo de normas gerais, princípios e questões fundamentais.

Admitir que a União, a despeito de editar normas gerais, regule situações particulares, esgotando o tema legislado, implica esvaziamento do poder dos Estados de legislar supletivamente. O Supremo não estaria preservando regras de convivência entre os entes, mas permitindo que um – o central – sufoque a autonomia política de outros – Estados e Distrito Federal. Ausente normatização explicitamente oposta às diretrizes gerais estabelecidas em lei federal, deve-se prestigiar a autonomia dos entes estaduais.

Quanto ao argumento da proibição por meio da Resolução RDC nº 328, de 1999, com a redação dada pela Resolução RDC nº 173, de 2003, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, verifica-se inovação infralegal na ordem jurídica que não pode ser oposta ao exercício legislativo dos Estados, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. A circunstância de a Lei federal nº 9.782, de 1999, mediante a qual foi criada a aludida Agência, ter instituído amplo espaço de atuação regulatória em favor da autarquia não a torna titular de atribuição tipicamente legislativa, de modo a poder expedir atos de hierarquia eventualmente superior às leis estaduais.

Não há, portanto, incompatibilidade da norma impugnada com o comando constitucional que confere à União o poder legislativo quanto às normas gerais. Mesmo se admitido estar em jogo disciplina sobre saúde, deve-se reconhecer ter o Estado do Acre atuado, exclusivamente, no âmbito normativo suplementar, prevendo situações específicas sem discrepâncias com o exercício concreto e anterior da competência geral pela União, ausente, portanto, a inconstitucionalidade formal aduzida.

### **3. Da ausência de inconstitucionalidade material: a restrição desproporcional às atividades econômicas das farmácias e drogarias pretendida pela Procuradoria Geral da República**

Sob o ângulo do vício material, também inexistente inconstitucionalidade. Alegou o Procurador-Geral violação ao direito à saúde, previsto nos artigos 6º,

cabeça, e 196 do Diploma Maior. Segundo sustentou, a limitação do funcionamento de farmácias e drogarias ao comércio de produtos farmacêuticos e correlatos é de relevância fundamental à preservação da saúde, vindo a descaracterização desses estabelecimentos a prejudicar a percepção da população quanto ao papel que devem desempenhar e, com isso, induzir o uso indiscriminado de remédios e a prática de automedicação, aumentando os riscos de intoxicação.

Em última análise, pretendeu o Procurador-Geral da República impor restrições à atividade comercial das farmácias e drogarias como forma de proteger o direito à saúde da população em geral e, em particular, daqueles que vierem a adquirir medicamentos e produtos farmacêuticos nesses estabelecimentos localizados no Estado do Acre. Ora, como se trata de limitação à liberdade fundamental do exercício de atividades econômicas, tais medidas, para serem legítimas, devem, acima de qualquer dúvida razoável, revelar-se adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, o que não se verifica no caso.

Qualquer intervenção estatal que se configure excessiva afronta sobre o princípio do Estado de Direito – artigo 1º da Carta – e o princípio do devido processo legal na dimensão substantiva – artigo 5º, inciso LIV, da Constituição. Assim, são excessivos os atos estatais, considerada a adequação entre meio e fins, que imponham “obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.<sup>1</sup> Na ação analisada, o pedido formulado na inicial revelava medida restritiva de direitos inapta a atingir o fim público visado, desnecessária, ante a possibilidade de o propósito buscado ser alcançado por meios menos onerosos às liberdades fundamentais envolvidas, e desproporcional, por promover desvantagens que superam, em muito, eventuais vantagens.

A restrição pretendida afigurava-se inadequada pelo simples fato de não haver implicação lógica entre proibir a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias – o meio – e a prevenção do uso indiscriminado de medicamentos – o fim. Inexiste qualquer suporte empírico capaz de legitimar a alegação do Procurador-Geral da República no sentido de a circunstância de farmácias e drogarias dedicarem-se exclusivamente à venda de medicamentos, produtos farmacêuticos e correlatos promover ou disseminar a consciência ou o sentimento dos malefícios da prática do automedicamento. Tal dificuldade decorre da própria inviabilidade de demonstrar os riscos à saúde promovidos pela autorização legal atacada. Trata-se de consequência difícil de ser demonstrada na prática e que, mesmo em abstrato, não escapa a dúvidas minimamente razoáveis.

Ainda que se admitisse a adequação ínfima da medida, essa seria desnecessária em razão de haver meios menos onerosos hábeis a alcançar o propósito almejado. No caso, o controle da venda de remédios mediante receita médica e quanto ao volume desses, assim como políticas de informação e campanhas de conscientização revelam-se aptos – diga-se, muito mais aptos – à conquista do objetivo pretendido pelo requerente sem que representem limitações ao exercício da livre iniciativa. A par desse aspecto, a própria lei impugnada, nos artigos 2º e 3º, estabelece condições relativas à disposição, à exposição e ao manuseio dos artigos de conveniência capazes de torná-los inconfundíveis com os medicamentos comercializados no mesmo local. Vê-se que tais meios tanto levam a alcançar os resultados perseguidos como mantêm incólumes os direitos fundamentais das empresas envolvidas, ao contrário do que ocorre com a proibição ventilada, a qual implicaria obstáculo mais gravoso ao exercício de atividades econômicas em face das farmácias e drogarias.

Por fim, o Procurador-Geral da República, sob a óptica do controle material, articulou com restrição desproporcional em sentido estrito. Destaquei que as desvantagens em cercear as atividades econômicas do referido segmento comercial, considerados os efeitos negativos, principalmente, no tocante à disponibilidade de empregos e à comodidade oferecida à população, revelam-se muito superiores às vantagens, relativas ao campo da saúde, cujo alcance sequer se mostra abstrato ou empiricamente viável. Na realidade, prevalecendo o argumento do Procurador nesse ponto, ao Poder Público estaria permitido, envolvidos os direitos fundamentais como conjunto harmônico de normas constitucionais, restringi-los mais do que promovê-los, o que não se coadunaria com a quadra contemporânea do constitucionalismo brasileiro.

Consignada a desproporcionalidade da pretensão do Procurador-Geral, veio o Supremo a assentar também a constitucionalidade material das normas impugnadas.

#### **4. Conclusão**

Não tenho dúvidas em afirmar terem as decisões do Tribunal fortalecido o federalismo brasileiro, assegurando o estrito cumprimento das regras de competência legislativa e a correlata distribuição de oportunidades de normatização entre os entes. Ao bloquear a maximização do poder legislativo da União pretendido pelo Procurador-Geral, veio a proteger liberdade de conformação dos Estados e do Distrito Federal, impedindo que a Federação torne-se ainda mais assimétrica do que já se apresenta.

## Notas

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 110.

## Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

### Resumo

O artigo trata de antiga reivindicação de farmácias e drogarias para obter permissão para o comércio de artigos por conveniência. A questão envolve interpretação sobre a competência da União para dispor do assunto em normas gerais e dos Estados e do Distrito Federal para, mediante competência concorrente, legislar em observância à realidade própria de cada unidade federativa. O autor, após exame minudente da matéria, conclui por apontar a correção do STF em decidir pela constitucionalidade das normas, fortalecendo o federalismo brasileiro e assegurando o estrito cumprimento das regras de competência legislativa e a correlata distribuição de oportunidades de normatização entre os entes.

**Palavras-chave:** Farmácias e drogarias; Artigos de conveniência; Constitucionalidade das normas estaduais.

### Abstract

The article deals with the old demand of pharmacies and drugstores to be allowed to trade convenience goods. Such demand raises the issue of the Union's competence to legislate on it through general rules and that of the Federal states and the Federal District to legislate in observance of their respective realities. The author, after a judicious examination, stresses the correctness of the Supreme Court in reasserting the constitutionality of the norms, thus strengthening Brazilian federalism and assuring the strict compliance to the norms of legislative competence as well as the equitable distribution of rule making opportunities among the federal entities.

**Key words:** pharmacies; drugstores; convenience goods; constitutionality of state norms.



**Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**  
*Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora do Centro de Ensino Unificado de Brasília. Ministra do Superior Tribunal Militar.*

**Romeu Costa Ribeiro Bastos**  
*Mestre em Engenharia de Sistemas pelo Instituto Militar de Engenharia. Doutor em Estratégia pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército Brasileiro. Professor Universitário.*

***O devido processo legal e a Constituição de Cádiz. Uma análise histórico-jurídica sobre as garantias processuais penais no liberalismo gaditano.***

*“De todas as instituições humanas nenhuma é mais sublime nem mais digna de admiração do que a que limita os homens em sua liberdade natural, sujeitando-os ao suave jugo da lei. Diante dela todos se revelam iguais, e a imparcialidade com que se observam as regras prescritas, será sempre o verdadeiro critério para aferir se há ou não liberdade civil em um Estado.”<sup>1</sup>*

## **Prolegômenos Históricos**

A Constituição de Cádiz resultou de uma crise dinástica que se abateu sobre a Espanha com a disputa, no final de 1807, de Carlos IV e seu filho, Fernando VII, à sucessão ao trono. A invasão napoleônica forçou a abdicação de ambos em favor do irmão do Imperador francês, José Bonaparte, convertido em José I. Em pouco tempo, o novo Príncipe outorgou a Constituição de Bayonne e, muito embora os espanhóis relutassem em aceitá-la como uma manifestação legítima do povo, o Estatuto trazia grandes avanços em matéria de direitos civis e liberdade religiosa, numa clara alusão às conquistas da Revolução de 1789 e do Iluminismo.<sup>2</sup>

Sem embargo, as regiões da Espanha independentes não aceitaram a renúncia do Monarca e formaram Juntas Regionais para governar em seu nome, bem como, para organizar um movimento de resistência. Algumas províncias convocaram os órgãos consultivos ou Cortes,<sup>3</sup> surgindo daí, várias propostas para unificar as Juntas em torno de uma autoridade central com o fito de complementar ou substituir as regionais. A justificativa jurídica assentava-se na Lei das Sete Partidas, que vigia como Constituição consuetudinária, e previa a instituição de uma Regência durante a incapacidade do Rei.<sup>4</sup> Dessa forma, foi criada a Junta Central que era efetivamente um Conselho de Regência responsável pela convocação das Cortes Gerais e Extraordinárias, órgão representativo para redigir a nova Carta Magna.<sup>5</sup>

Inicialmente, seus objetivos não estavam bem definidos. Em 1809, vários métodos e metas para o chamamento foram propostas. Correntes de pensamento se alternavam. Os mais esclarecidos consideravam o momento propício para instauração dos trabalhos constituintes que firmassem a soberania nacional e submetessem o Príncipe à vontade popular. Era a oportunidade para se reformar, totalmente, as instituições estatais, em coerência com os postulados iluministas.<sup>6</sup>

A Junta Central instituiu uma Comissão para estabelecer a estrutura das Cortes. Proposições diversas foram apreciadas, inclusive, o bicameralismo, refutado por violar a tradição parlamentar espanhola.<sup>7</sup> No início de 1810, cartas de convocação foram enviadas e, a fim de solucionar possíveis pendências que poderiam advir, foi implantado um Conselho de Regência que contava com representantes das Américas e das Índias.<sup>8</sup>

Em 24 de setembro de 1810, as Cortes Gerais e Extraordinárias reuniram-se pela primeira vez em Cádiz, restando estabelecido que elas atuariam como um Congresso Constituinte com vistas a ofertar a Norma Fundamental da Espanha e dos territórios das Américas.<sup>9</sup>

Por último, formou-se a Comissão de Constituição, responsável pelo projeto apresentado e seu respectivo documento explicativo – o *Discurso Preliminar* –, devidamente aprovado pelos deputados, promulgado e, ao final, publicado pelo Conselho de Regência, em 19 de março de 1812, como o Contrato Social da Nação.<sup>10</sup>

## **O Liberalismo Gaditano**

Embora a Constituição de Cádiz tenha vigorado por breves períodos – o primeiro, de 1812 a 1814; o segundo, de 1820 a 1823, o chamado Triênio – e, o terceiro, de 1836 a 1837 –, serviu de paradigma para a elaboração de Cartas Magnas das mais diversas nações, como a norueguesa de 1814; a portuguesa de 1822; a mexicana de 1824; a brasileira de 1824; a dos estados italianos durante as revoltas de 1820 e 1821, dentre outras.<sup>11</sup>

A Lei Maior de 1812 foi concebida no marco de dois cenários dicotômicos nos quais se esbatiam de um lado, a monarquia absolutista e a igreja católica, aliadas à estrutura colonialista e, de outro, os valores sociais e econômicos, fruto do liberalismo emergente, oriundo da França, Estados Unidos e Inglaterra<sup>12</sup>. Adicione-se, ao contexto histórico, a luta pela independência contra as forças francesas que haviam invadido a Espanha, deposto e aprisionado o rei Carlos IV e seu herdeiro D. Fernando VII.

Os postulados liberais não eram, propriamente, uma novidade na Europa<sup>13</sup>. Seu périplo retroage ao Renascimento, seguido do surgimento das ideias humanistas que desaguaram na Revolução Científica, em cujos expoentes destacavam-se Copérnico, Galileu, Bacon, Descartes e Newton. O Iluminismo marcou uma época de prosperidade na Europa, na qual buscava-se substituir a religião e o classicismo, pela ciência e a razão. Como pondera José Guilherme Merquior ao discutir a influência do iluminismo no liberalismo:

Ao mesmo tempo em que se desdobrava na obra de Voltaire e Diderot, Hume e Adam Smith, Lessing e Kant, o Iluminismo juntou uma complexa coleção de ideias que abrangiam direitos humanos, governo constitucional e liberalismo, ou liberdade econômica. O pensamento do Iluminismo veio a coincidir com a maior parte dos ingredientes do credo liberal clássico, sem ser sempre liberal em termos estritamente políticos.<sup>14</sup>

Esse novo modo de pensar inspiraria os significativos movimentos dos séculos XVII e XVIII, que subverteram estruturas seculares, a exemplo da Guerra Civil e da Revolução Gloriosa de 1688 na Inglaterra; da Revolução Norte-Americana de 1775 e da Revolução Francesa de 1789.<sup>15</sup>

É fato, contudo, que em Espanha, o espectro da Revolução Francesa assombrava a imaginação popular, amedontrada pelo terror de Robespierre e pela dominação de Napoleão. Com o território invadido, temia-se o tumulto das massas e a fragmentação política. Assim, a experiência vivenciada em França e seus fracassos serviriam, tão só, para nortear a reformulação ideológica liberal, de modo a adequá-la aos espanhóis. E, nesse contexto, indene de dúvidas afirmar não ter sido, a Carta de Cádiz, mera reprodução da Francesa de 1791. A uma, porque esta última carregava o estigma de haver desencadeado o terror revolucionário e, a espanhola, de viés moderado, buscava conciliar o antigo regime com o novo que se queira instaurar. A duas, porque a Lei Fundamental Doceanista decorreu de uma guerra de libertação do jugo napoleônico e culminou com a restauração da monarquia.<sup>16</sup>

### **As tendências constitucionais nas Cortes de Cádiz**

Quando as Cortes reuniram-se em Cádiz, em 1810, a despeito da inexistência de partidos políticos, três tendências bem definidas despontaram no horizonte: a liberal, a realista e a americana.<sup>17</sup> Cada uma buscava a prevalência de suas crenças,

o que resultou numa profícua divergência que muito contribuiu para a excelência da Constituição promulgada.

A visão dos liberais espanhóis sobre o processo revolucionário francês deu origem a um difícil embate entre aqueles que desejavam efetivar mudanças progressivas. Vislumbravam, os liberais, evitar divisões e tumultos populares nos moldes jacobinos, porém seus deputados defendiam os conceitos arrojados de 1789, mormente, no que concerne à soberania nacional e ao poder das Cortes. Tinham por objetivo transformar a política e, no bojo, provocar câmbios na sociedade civil, mas sem rupturas.<sup>18</sup> A Nova Espanha continuaria respeitando as antigas tradições, porém o passado absolutista deveria ser totalmente reformulado. Cumpre relembrar que o povo espanhol lutava contra Napoleão com o objetivo primordial de defender o Rei e a igreja; logo, tais valores deveriam ser preservados.

A tendência liberal, simpatizante em alguns aspectos com o constitucionalismo inglês e leitora das obras de Locke e Montesquieu, acabou não conseguindo emplacar suas proposições junto ao Poder Originário. O principal receio contra o modelo inglês era devido ao excessivo poder do Parlamento. Seus discursos ressaltavam o patriotismo nacional. Apelos à identidade cultural e à história eram ferramentas pragmáticas destinadas a convencer a adoção de um governo liberalizante. Focou-se na linguagem da cidadania, e não, nos direitos autônomos. Não obstante, a exceção da liberdade religiosa, o fim propugnado era o de todos os liberais europeus: garantir a liberdade individual por meio de uma monarquia limitada, a representação eletiva e um judiciário independente.<sup>19</sup> Desse modo, ao esbaterem-se nesse sentido, os liberais pavimentaram o caminho para o primeiro governo constitucional formatado pela *Lex Doceanista*.<sup>20</sup>

A segunda tendência, representada pelos realistas – mais conservadores – propugnava que as Cortes e o Príncipe compartilhassem a soberania, respeitados, entretanto, os fundamentos históricos da monarquia espanhola. Defendiam a preservação do Antigo Regime e uma Constituição que exprimisse a síntese do escolasticismo e do historicismo nacionalista.<sup>21</sup> Grande parte dos seus representantes acudiam, igualmente, à liberdade e à redução do poder real. Admiravam o constitucionalismo inglês, principalmente pelo papel representado pelo Parlamento, e, como a maioria dos parlamentares provinham da igreja ou da realeza, almejavam uma organização semelhante à Câmara dos Lordes.<sup>22</sup> Nesse sentido, argumentavam que o governo parlamentar não era um modismo estrangeiro inadaptável à história espanhola, ao revés, já integrara sua tradição política.

Alfim, a terceira tendência, composta pelos representantes americanos, repudiava o modelo francês e inglês e defendia o estadunidense. Ocorre que, o

movimento libertário das colônias do Novo Mundo contra o império britânico poderia contaminar as espanholas, como de fato viria a ocorrer, sendo consequentemente evitado.<sup>23</sup> Para além, o regime republicano, tal como concebido na América do Norte, não prosperaria na Espanha, onde inexistiam dúvidas sobre a legitimidade da Coroa.<sup>24</sup>

Contudo, apesar da rejeição, os americanos fizeram descortinar dois relevantes aspectos que marcaram o pensamento gaditano: o primeiro, a demonstração de que uma Constituição não necessitava ser histórica, como a inglesa, e sim fruto de um processo constituinte. Depois, a teoria da separação de poderes aperfeiçoada por Montesquieu e pelos *Founding Fathers*, que projetar-se-ia na *novel Lei Fundamental*.<sup>25</sup>

## A Constituição Material

A Constituição de Cádiz, promulgada em 19 de março de 1812, pode ser considerada o texto mais importante do constitucionalismo espanhol, cuja influência se espalhou por toda a Ibero-América. Precedida por uma Assembleia Constituinte, tributária da ambiguidade de sua própria existênciana busca pela conciliação do Antigo Regime com o liberalismo emergente, ela incorpora, a seu modo, os postulados das grandes revoluções liberais, destacadamente, o das garantias assecuratórias dos direitos do homem, sem promover rupturas ou quebra de autoridade. Efetivamente, longe de promover uma revolução regicida, à semelhança da Revolução Gloriosa na Inglaterra do século XVII ou da Francesa de 1789, não intentaram, as Cortes de Cádiz, um rompimento da velha ordem. Esse sentimento se evidencia já no início do Discurso Preliminar quando ressalta, *verbis*:

Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mire como nuevo el método con que ha distribuido las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva, en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia quanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la Nación, a los fueros y obligaciones de los ciudadanos, a la dignidad y autoridad del Rey y los tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada, y al método económico y administrativo de las provincias.<sup>26</sup>

A introdução do conceito de Nação – arts. 1º a 5º –, na Lei Maior, teria o condão de fundar o Estado de Direito mediante o deslocamento da soberania do Príncipe para o cidadão, forjando, assim, a criação de uma identidade política entre os espanhóis de ambos hemisférios; primeiro passo para a configuração do poderem moldes democráticos.<sup>27</sup> *La Pepa*, como é conhecida a Carta doceanista, possui um texto minucioso com trezentos e oitenta e quatro artigos e um extenso *Discurso Preliminar*, abrangando em seus dispositivos a divisão de poderes, as liberdades individuais, a responsabilização do servidor público, a supremacia constitucional, a rigidez da reforma, regras eleitorais, enfim, praticamente todos os princípios que ornaram a modernidade.

O presente artigo abordará os direitos humanos e os mecanismos de proteção fundamentalizados na obra da Constituinte de Cádiz, em especial, os concernentes ao devido processo penal, pois, a despeito da Lei Espanhola de 1812 não haver destacado capítulo especial para uma declaração formal de garantias tal qual recomendado pela Assembleia Francesa, elas se encontram fragmentadas em disposições constitucionais diversas, topologicamente desconcentradas.<sup>28</sup>

Remontará essa análise à fase antecedente dos trabalhos parlamentares e ao espírito crítico coletivo da época, em face da variedade de respostas contestadas pelo povo na *Consulta* convocada pelo decreto de 22 de maio de 1809. Nelas foram apontados a lentidão processual; a discricionariedade dos juízes, alguns dos quais desprovidos de cultura jurídica; a utilização de tormentos e *apremios*<sup>29</sup> para a obtenção de confissões; os cárceres desumanos, como os males crônicos do regime que se buscava derrogar.

No rol das contestações, figurava, ainda, a profusão de leis desordenadas e complexas, sistematicamente descumpridas, ou, pior, arbitrariamente aplicadas pelos magistrados. Daí porque a legalidade, ao lado da profissionalização do Poder Judiciário integrado por magistrados letrados, revelar-se-ia a alternativa saneadora para a correta administração da Justiça. Paralelamente, a positivação de estruturas garantidoras das liberdades civis, ao lado da responsabilização dos empregados públicos e contenciosos da Administração, foi proposta e desde logo aprovadas pela Comissão de Cortes e trasladadas à Junta de Legislação, organismo por ela criado em 27 de setembro de 1809, para avaliar as reformas necessárias ao aprimoramento do sistema jurídico.<sup>30</sup>

Inspirando-se em preceitos extraídos do *Fuero Juzgo*, do *Fuero Real*, das *Siete Partidas*, do *Ordenamiento de Montalvo* e da *Nueva Recopilación*, a Junta compendiou o corpo legal histórico dos direitos individuais em Espanha, norte relevante para os trabalhos legislativos.<sup>31</sup>

As primeiras atuações das Cortes Gerais e Extraordinárias pautaram-se por obstaculizar os descabimentos nas questões criminais denunciadas em representações eloquentes de encarceramentos despóticos, em testemunhos sobre a lentidão das causas, empedidos de ajuda dos acusados, narrativas que sensibilizaram os deputados.<sup>32</sup> Somem-se, os antagonismos e a desconfiança generalizada com relação à magistratura, tudo a demandar uma pronta resposta legislativa que viria mediante a estatuição do que hoje se denomina: “o devido processo legal”.

De fato, a reforma processual orientou a etapa constituinte, regulada por câmbios drásticos a favor da positivação dos direitos humanos. Cite-se, *exempli gratia*, o primeiro ditame ofertado pela Comissão de Justiça das Cortes, enviado de imediato ao Conselho de Regência e, em seguida, à Regência, ordenando aos tribunais visita aos cárceres; a agilização dos processos penais e o encaminhamento às Cortes das informações sobre lides pendentes e réus encarcerados. A edição do Regulamento de 16 de janeiro de 1811 seria a réplica legal a favor dos anseios sociais, cujo Capítulo III versava acerca de “O Conselho de Regência com respeito ao Poder Judiciário”.<sup>33</sup> Nomeie-se, também, a proposta do militar guatemalteco Manuel de Llano a favor da promulgação de uma lei de *habeas corpus*, à semelhança da Inglaterra, cujo escopo era assegurar a liberdade de ir e vir dos cidadãos.<sup>34</sup>

Dois sessões parlamentares, a de 26 de janeiro e a de 18 de fevereiro de 1811, destacar-se-iam por expor “o ânimo com que os deputados gaditanos enfrentaram o sistema processual de seu tempo, assim como as inquietudes que acabaram marcando suas prioridades”.<sup>35</sup> A primeira, quando se reivindicou *justiça e castigo severo aos juizes indolentes* tendo como promotor a opinião pública; a segunda, quando se discutiu modificações drásticas do sistema judicial que deveriam ser efetivadas o mais rápido possível porquanto a demora ocasionaria um grave dano aos cidadãos e um menoscabo ao Congresso Nacional. Nesse sentido, a responsabilização dos magistrados exsurgiria como a pedra de toque para a correta administração da Justiça.

Dentre as indelévels proposições ofertadas estavam: a primazia legal; o respeito aos preceitos assecuratórios da dignidade humana; a fundamentação das sentenças, uma vez que o dever de motivá-las com base na lei poria cobro às injustiças. Além, almejavam as Cortes regular a “*escandalosa facilidade de decretar prisões e embargar bens*”, assinalando com exatidão os requisitos para determiná-la e o modo como os juizes e alcaides deveriam tratar os presos. No marco da divergência dos tribunais colegiados, defendiam a executoriedade das decisões prolatadas pelos juizes de apelação, não sendo cabível a interposição de

novo recurso, a não ser o de nulidade. Descartada a implantação do Júri, propug-naram a obrigatoriedade da conciliação nas causas cíveis. Articularam, outrossim, a revogação dos foros privilegiados, à exceção do militar e eclesiástico.<sup>36</sup> Alfim, propuseram a abolição das torturas e *apremios*, bem como a proscrição do tráfico de escravos, dentre outras sugestões oferecidas.

Num breve retrocesso, o antecedente histórico das garantias constitucio-nais da ação e do processo remonta ao art. 39 da Magna Carta de João Sem Terra, outorgada em 1215, na qual se lia:

nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua li-berdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei da terra.

Cláusula semelhante, já empregando a expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III. Transpondo o Velho Mundo, o instituto foi incorporado pelo Direito Norte-Americano, vigorando como a V Emenda à Constituição Federal dos Estados Unidos da América.

Concluída a atuação constituinte, o Projeto apresentado e, *a posteriori*, promulgado, incorporaria as ideias fundantes do pensamento liberal, densificando-as, mediante a previsão de um sistema de resguardo aos direitos humanos nunca dantes concebido na Ibero-América.

Nesse diapasão, inaugura o art. 4<sup>37</sup> da Carta Política de Cádiz a obrigação da Nação Espanhola em conservar e proteger, por leis sábias e justas, a liberdade civil, a propriedade e os demais direitos legítimos de todos os indivíduos que a integram. Mais do que um preceito programático, constitui verdadeira invocação à legitimidade, por meio do qual se explicita o democratismo liberalizante, sabido que a quase totalidade dos demais dispositivos nela elencados estão, de algum modo, imbrincados com os conceitos de propriedade e liberdade em seu sentido genérico. A referência aos “*demais direitos legítimos*” invoca, portanto, a força normativa da Constituição e, não apenas, uma disposição apartada. Da dicção da *ratio* se extrai relevante exegese sobre a sua extensão a todos os indivíduos, independentemente da cidadania espanhola.

Sem dúvida, um texto moderno e antecipatório que, a despeito de não dedicar uma parte dogmática exclusiva aos Direitos e Liberdades Cíveis, concebeu-os de maneira sistêmica, perquirindo as recíprocas implicações de preceitos e princípios com o fito de alcançar uma síntese globalizante. A opção gaditana

pela ausência de uma declaração formalmente destacada em título específico, pontuando-os casuisticamente, intentou efetivar a hodiernamente qualificada, vigência efetiva. Não obstante, ao largo dessa matização, conformou-se um catálogo de garantias em tudo consonante com o constitucionalismo europeu do século XVIII.<sup>38</sup>

Nesse ponto, cumpre assiná-las, em especial, aquelas que versam sobre o devido processo criminal, oferecendo um pequeno introito acerca do instituto.

O Direito Penal encerra um conjunto de normas definidoras de condutas que configuram as infrações ou crimes e, infundem como consequência, a imposição de uma pena ou medida de segurança. Lida com valores personalíssimos, razão pela qual, ao salvaguardar os bens juridicamente lesionados, deve sancionar o causador do resultado danoso, o sujeito ativo, proporcionalmente e em acatamento ao corolário do *due process of law*.

No Brasil, o devido processo legal vem consagrado na Constituição Federal no art. 5º, inciso LIV que dispõe: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, garantia que possibilita ao indivíduo exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentaliza. A vigente Carta Política distribuiu as fianças dele decorrente em diversos incisos, ao longo do mencionado dispositivo, v.g.; do XXXV a LXXVIII. Possibilitou, portanto, a *Lex Magna*, que antes, durante e mesmo após serem tomadas decisões gravosas contra alguém, lhe seja oportunizado manifestar-se em prol de seus interesses.

O direito constitucional brasileiro, ao subjugar-se ao princípio da legalidade, acatou-o como decorrência natural do devido processo penal. Ele se manifesta na presunção de inocência; no juiz natural; no acesso à jurisdição; no direito à citação e conhecimento do teor da acusação; no arrolamento de testemunhas; em um julgamento público, célere e imparcial; na plena igualdade entre acusação e defesa; na impossibilidade de se processar alguém por infração a lei editada posteriormente ao fato imputado; no direito de não ser acusado com base em provas ilegalmente obtidas; no direito ao silêncio; na assistência judiciária, inclusive, a gratuita; dentre outros mandamentos.

Atualmente, o devido processo está consagrado em diversos tratados internacionais. Ressaltem-se alguns deles: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1984, por meio da Assembleia Geral das Nações Unidas; o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, celebrado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas e em vigor desde 23 de março de 1976, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo art. 8º assegura ao réu a plenitude dos meios necessários à sua defesa. Leia-se:

Art. 8º. omissis

1. *Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

Ineludivelmente, o postulado da legalidade instituiu a premissa da desobrigatoriedade da ação ou inação, senão em virtude de lei. Transposto para a positividade doceanista, o art. 288 cominou a desobediência aos mandamentos magnos como delito grave<sup>39</sup>, preceito de hermenêutica indissociável ao já mencionado artigo 4º. Nesses termos é a *Lex Fundamental*, a referência normativa paradigmática para a conformação da conduta dos indivíduos, associada à regração infraconstitucional que a regulamentava.

Da legalidade defluem privilégios outros, espriados pelo Título V e no art. 172,<sup>40</sup> da Carta de 1812, este último ordenando não poder o Monarca privar

ninguém de sua liberdade ou impor-lhe pena. Ainda, o Secretário de Despacho que firmar a ordem e o juiz que a executar serão responsáveis perante a Nação e castigados como réus de atentado contra a liberdade individual, em casos de abuso de autoridade. Procedendo ao ato gnosiológico da norma *supra*, dela se deduz a essencialidade do Pensamento Liberal, qual seja; apesar de o Príncipe ser destituído de responsabilidade, *ex vi* do Art. 168, não foi ele dessubjugado da força cogente da Constituição; depois, o caráter universal da restrição de cuja literalidade deflui a expressão “indivíduo” e não, espanhóis (capítulo II do Título I) ou cidadãos (capítulo II do Título II), coaduna-se coma cosmovisão iluminista.<sup>41</sup>

Dessa proibição, isentar-se-ia, somente, a prisão por razões de segurança. Não se trata, todavia, da exceção por flagrante delito, mas sim, daquela baseada nas atualmente cognominadas medidas de emergência. De toda a sorte, a excepcionalidade haveria de ser compreendida em consonância com a segunda parte do 11º inciso, do art. 172 *retro*, que determinava que a ordem de arresto deveria ser encaminhada no prazo de quarenta e oito horas ao juiz ou tribunal competente.

Dito preceito guardava estreita conexão com os articulados dispostos no capítulo III, do Título V, da Lei Fundamental de 1812, que versavam sobre a administração da justiça no juízo criminal. Deles exsurgiam, com vicejante atualidade, que o processo, antes de ser um método para a resolução da lide penal, é um instrumento de direitos humanos – quer para a sociedade lesionada pelo dano perpetrado pelo agente criminoso, quer para ele próprio que se acha acobertado pelo véu da presunção de inocência e da justa condenação.

Quanto às demais regras protetivas, nomeiem-se: a razoável duração do processo – Art. 286; a obrigatoriedade de informar o detento das razões da prisão e a necessidade de mandamento judicial por escrito – Art. 287; a obediência às leis – Art. 288; a autorização do uso da força somente em caso de resistência ou tentativa de fuga do acusado – Art. 289; o juiz natural – Art. 290; o direito ao silêncio – Art. 291; a regulamentação do flagrante delito – Art. 292; autos motivados para decretação de prisão, sem o qual ela tornar-se-ia ilegal, sujeitando à responsabilização a autoridade coatora – Art. 293; a proibição de embargos de bens e a reparação pecuniária na proporção do dano – Art. 294; a possibilidade de fiança – Art. 295; a vedação das penas corporais – Art. 296; a sanidade dos estabelecimentos carcerários e a função propedêutica da pena – Art. 297; o direito de visita ao preso – Art. 298; a tipificação no código penal do crime de detenção arbitrária – Art. 299; a fixação do prazo de vinte e quatro horas para informar ao réu as razões da prisão e o nome do acusador – Art. 300; a publicidade dos atos processuais – Art. 301 combinado com Art. 302; a abolição da tortura e *apremios* – Art. 303; a proibição do confisco

de bens – Art. 304; a incomunicabilidade da pena – Art. 305; a inviolabilidade do domicílio – Art. 306; a profissionalização da Justiça – Art. 307 e a previsão da suspensão de algumas garantias diante da ocorrência de circunstâncias extraordinárias em relação à segurança do Estado, hipótese de extrema similitude, *mutatis mutandi*, ao estado de defesa e estado sítio tal como apresentados pelos artigos 136 e 137, respectivamente, da vigente Constituição Brasileira.<sup>42</sup>

Inovadora e vanguardista, a *Lex Gaditana* previu com dois séculos de antecipação o inegável paralelo existente entre a processualística apenadora e o regime constitucional no qual se desenvolve. Garantista, concebeu a deflagração do direito objetivo, já naquela altura, como um mecanismo regente do binômio liberdade-autoridade, de tão difícil conciliação. Prospetivas, intuíram as Cortes Gerais e Extraordinárias que a concretização de norma revestida de fundamentalidade só seria deduzível pela radical transformação do Poder Judiciário, figura proeminente para a sua efetivação. Nesse sentido, a rigidez da Constituição afixou a plena aplicabilidade da positividade de Cádiz, não só em virtude da limitação temporal à sua reforma, bem como, em razão de estruturas jurídicas outras adiante tratadas.

E é essa a principiologia que norteia, contemporaneamente, o poder punitivo do Estado. No dizer de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

O direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências (...).

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas, sobretudo, ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos (...).<sup>43</sup>

Mas não é só, a Carta Doceanista inaugurou na Ibero-América um novo estilo de legislar, aquele no qual regras e princípios convivem em harmonia em um mesmo documento; inovou ao editar normas programáticas, instituindo, porque não dizer, a Constituição dirigente. Sob o prisma exegético, de sua letra defluem valores sociais que norteiam regras que subsistem autonomamente, mas manifestam-se eficazmente por intermédio delas. Por outras palavras, descortina-se do complexo orgânico normativo “*determinações de otimização – Optimierungsgebote – na*

*expressão de Alexy, que se cumprem na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente.*”<sup>44</sup>

Por certo, nos idos oitocentistas em Espanha, na percuciente observação de Cordeiro Lopes,

[...] la concepción que se tenía de la ley imponía su aplicación con base en la interpretación literal. No existía – como hay hoy – la idea de que la ley, como programa normativo, puede generar diferentes normas, dependiendo del método hermenéutico empleado y del flujo de valores aplicados por el intérprete legal. Se presumía que la ley era un comando claro y unívoco y que no había espacio de decisión normativa para el juez. Así, en ese contexto, era razonable responsabilizar el juez por un “desvío” del texto de la ley.<sup>45</sup>

Reconhece-se que, em passado recente, a imparcialidade cognitiva derivava, obrigatoriamente, da literalidade da *ratio*, atendo-se, unicamente, ao sentido das palavras ou ao silêncio do legislador. A inovação nos métodos interpretativos dar-se-ia com o advento da técnica denominada pelos norte-americanos de *construction*, marco inicial da nova hermenêutica, por meio da qual a gnosilogia destacaria o sentido indeclinável de unidade do corpo legal. Ela avançaria com a teoria estruturante do Direito, que investiga a “*estrutura da normatividade jurídica tal e como se apresenta na aplicação prática do direito.*”<sup>46</sup>

Entretanto, impossível não exaltar, nos articulados doceanistas, aquilo que explicitamente ostentam e o que implicitamente deles resultam. Dito de outra forma, impossível desconsiderar o *espírito* da Norma *Normarum*. A rigidez e a limitação temporal à reforma buscaram, precisamente, a preservação e a concretização dos comandos originais, vez que as mudanças só seriam admissíveis após ter sido “*posta em prática a Constituição em todas as suas partes*”, nos termos do art. 375. Não quer isto significar, a manutenção dos valores, para além das regras, que da escrita emanam? Some-se, não ser o Tribunal Supremo, mas as Cortes, as legitimadas para interpretar a Lei Máxima – Art. 131, 1<sup>a</sup> cc Art. 261, 10<sup>a</sup><sup>47</sup> –, como também a elas que davam o total controle do processo legislativo, reservado ao Rei participação diminuta.<sup>48</sup>

As justificativas para tanto são inúmeras. Não se criou, na Espanha de 1810, um *jury constitutionnaire* tal qual idealizado por Siéyès<sup>49</sup>, residindo no Parlamento a plenitude da soberania nacional, da qual defluiu a potestade para a criação das leis, para a sua exegese e a da Constituição, guardiães que eram do pacto social.

Além disso, alçado a defensor da legalidade, o Legislativo daria uma inteligência à legislação vigente de forma a evitar eventuais colisões ou antinomias com a Norma Régia.<sup>50</sup>

Cientes de a execução dos comandos máximos condicionar-se à via regulamentária visionaram, os deputados constituintes, em determinar instrumentos orientadores a fim de esta faculdade exercer-se corretamente. A Lei Fundamental de 1812 contemplou um sistema de fontes que haveria de reger o Estado Espanhol por meio de leis, decretos, regulamentos e ordens com vista a efetivar a parte dispositiva desprovida de eficácia direta. Sob outro giro, da análise de seus trezentos e oitenta e quatro artigos denota-se, a par da fixação de um *frame of government*, o reconhecimento de direitos subjetivos que açambarcavam matérias de cunho eleitoral, administrativo, financeira, *et cetera*, de imediata aplicabilidade.

Complementarmente, firmaram a responsabilização dos agentes públicos, associando-a de modo indissolúvel à atribuição da autoridade, sinalando que a medida alcançava o cumprimento da própria Constituição. Criou-se, daí, uma cultura jurídica que erigia como critério de verdade a confiança na Judicatura.<sup>51</sup>

Extraordinária, contudo, foi a importância atribuída à ordem processual cujo descumprimento autorizava a proposição do recurso de nulidade ante o Tribunal Supremo, única exceção ao taxativo art. 262<sup>52</sup> que territorializou o exercício da jurisdição. Tratava-se de apelo cabível contra as sentenças prolatadas em audiências de terceira instância, com efeitos *ex tunc* – porquanto determinava o restabelecimento do *status quo ante* a partir da ocorrência da causa de nulidade, como se nada de posterior houvesse ocorrido.<sup>53</sup> *Pari passu*, importante via garantista fora regulada pelo artigo 373<sup>54</sup> ao outorgar a todos os espanhóis o direito de dirigir-se às Cortes ou ao Rey para reclamar a observância da Constituição. Cite-se, por derradeiro, a ação popular para casos de suborno, corrupção ou prevaricação dos magistrados – art. 255.

Ora, se as exigências à prestação jurisdicional eram rigorosas, em contrapartida, *La Pepa*, atribuía ao Poder Judiciário independência na dicção do direito. Segundo o art. 243, a função judicial era exclusiva dos tribunais, não podendo as Cortes, ou mesmo o Rei, intervirem em seu atuar, seja por meio de avocação de causas pendentes, seja restabelecendo processos findos, a saber; já transitados em julgado.<sup>55</sup>

Os juízes, igualmente, gozavam de garantias pessoais. Eram inamovíveis, não podendo ser transferidos de onde se encontravam senão “*por causa legalmente provada e sentenciada*”, nem suspensos, a não ser “*por acusação legalmente*

*intentada*”, a teor do art. 252. Sem embargo, a autonomia não era absoluta, pois o Rei poderia puni-los com a suspensão, ouvido o Conselho de Estado, após formado expediente e as alegações parecerem fundadas.<sup>56</sup> Indubitável estar-se a vislumbrar um sofisticado sistema de freios e contrapesos, tão contemporâneo quanto caro aos regimes políticos ocidentais. Nele, pode-se “*reconhecer uma divisão mutuamente controlada dos poderes, que é própria de uma Constituição em sentido material e forte.*”<sup>57</sup> Paralelamente, “[...] *instituído [...] o novo Tribunal Supremo como centro da autoridade judicial [...] se lhe adjudicou o atributo fundamental de vigiar a escrupulosa observância das leis por parte dos juízes e fazer efetiva sua responsabilidade.*”<sup>58</sup>

Mas, a Carta de Cádiz, conforme ventilado, imporia sua superioridade ao instituir procedimentos diferenciados para alterá-la, distinguindo a reforma constitucional da legislação ordinária.<sup>59</sup> Sob sua dogmática demandava-se que a deputação estivesse autorizada a procedê-la; que a deflagração da proposição fosse subscrita e apoiada por pelo menos vinte deputados, devendo ser lida por três vezes, com o intervalo de seis dias entre uma e outra, quando, somente após a última, admitir-se-ia a discussão. Mais, especificava-se a previsão de quórum especial para aprovações modificativas, a exclusão da sanção régia, dentre outras exigências.<sup>60</sup> Associada à limitação procedimental, a de cunho temporal, inculpada no Art. 375, impunha um lapso de oito anos a contar da promulgação para alteração, adição ou reforma ao documento original.

É fato ressentir-se ela de forma especial de controle de constitucionalidade, em caso de colisões e incongruências entre a lei infra e a Maior, muito embora, não tenha tal ausência inibido alguns deputados gaditanos de queixarem-se de vícios de “inconstitucionalidade” referentes a algum projeto legislativo ou lei já aprovada.<sup>61</sup>

De toda a sorte, mesmo sem o *judicial review*, a intenção dos constituintes originários era proporcionar à sua obra uma cogência diferente da contida em lei.<sup>62</sup> Em diversas disposições subsume-se a *mens legislatoris* nessa direção; porém o artigo 7º é translúcido a demonstrá-la quando estabelece como dever fundamental do cidadão ser *fiel* à Constituição e obediente às leis. A evidência, fidelidade e obediência são convergentes, mas a primeira tem um *plus* a mais, ela pressupõe a servidão com lealdade, honra e probidade porque emana do ético acatamento ao Contrato Social; única forma racional de convivência entre os homens. Exalte-se o juramento, de caráter geral e obrigatório imposto aos espanhóis, que a aceitavam como Lei Fundamental e se comprometiam ante Deus a cumpri-la.

Uma vez jurada, restava a obrigação formal de custodiá-la e, por esse motivo, os art. 279 e 374 responsabilizariam os servidores do Estado por infrações ou inobservâncias, inaugurando um modelo jurídico-político introdutor da imputação objetiva do agente público.

Nesse diapasão, evidente terem as regras de proteção à Carta de Cádiz ultimado resguardá-la de incursões legiferantes indesejáveis a fim de manter íntegra a *mens legis* que a inspirou.<sup>63</sup> Por decorrência, resguardado restou seu conteúdo, quintessência do liberalismo gaditano, que serviria de inspiração ao constitucionalismo Ibero-americano dos anos vindouros.<sup>64</sup>

## Notas

<sup>1</sup> **Discurso Preliminar lido nas Cortes quando da apresentação pela Comissão de Constituição do Projeto da Constituição de Cádiz.** (Tradução livre). No texto original, lê-se: “*De todas las instituciones humanas ninguna es más sublime ni más digna de admiración que la que limita en los hombres la libertad natural, sujetando-los al suave yugo de la ley. A su vista todos aparecen iguales, y la imparcialidad con que se observen las reglas que prescribe, será siempre el verdadero criterio para conocer si hay o no libertad civil en un estado.*” In: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>, p. 56-57. Acesso em: 15/2/2012.

<sup>2</sup> BUSAALL, Jean-Baptiste. *Constitution et culture constitutionnelle. La constitution de Bayonne dans la monarchie espagnole.* In: **Les origines du constitutionnalisme et la Constitution de Bayonne du 7 juillet 1808.** Madrid: Casa Velázquez, 2009, p. 73-96.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ O., Jaime E. **The Independence of Spanish America.** Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 75.

<sup>4</sup> MIROW, M. C. *Visions of Cádiz: The Constitution of 1812. Historical and Constitutional Thought.* In: **Studies in Law, Politics, and Society, Special Symposium: Making Sense of the Past: When History Meets Law.** Ed. Austin Sarat, Volume 53, 2010, p. 62.

<sup>5</sup> A criação da *Junta Central, Suprema, Gubernativa del Reino*, foi deliberada por oito províncias e cinco cidades. *Ibid*, p. 62.

<sup>6</sup> ARTOLA, M. *Estudio Preliminar.* In: **M. Artola & Flaquer Montequi. II La Constitución de 1812.** Lustel. Madrid, 2008, p. 27-29.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 28-33.

<sup>8</sup> Havia, ainda, uma questão sobre os representantes das províncias ocupadas pelos franceses. Um sistema de seleção de deputados suplentes foi instituído para áreas que eram incapazes de realizar eleições ou enviar deputados. ARTOLA, M. *Op. cit.*, p. 36-37.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 38-39

<sup>10</sup> ARTOLA, M. *Op. cit.*, p 39. Ver, também: PAYNE, Stanley G.

<sup>11</sup> PAYNE, Stanley G. *A History of Spain and Portugal: Eighteenth Century to Franco.* University of Wisconsin Press, 1973, p. 432-433.

<sup>12</sup> MIROW, M. C. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>13</sup> Este é um assunto controverso, JAVIER FERNÁNDEZ SEBASTIÁN afirma que o termo liberal surgiu na Espanha em 1810. “*Porque, digámoslo claramente, por mucho que algunos hayan tratado de ver liberales en la Revolución francesa o en la Glorious Revolution inglesa (e incluso antes, en tiempos del Renacimiento y la Reforma), antes de las Cortes de Cádiz no había liberales, esto es, no había un colectivo humano que se identificase con ese nombre. Ciertamente había novatores, jansenistas e ilustrados españoles; whigs, radicals y utilitarians ingleses (como antes había habido country party, i levellers y diggers); había también patriotes, girondins, jacobins, idéologues y bonapartistes franceses, illuminati, giacobini, napoleonisti y carbonari italianos, pero no había liberales. Los primeros liberales fueron españoles, españoles de Europa y españoles americanos, y fueron así bautizados por los gaditanos en el otoño de 1810*”. SEBASTIÁN, JAVIER FERNÁNDEZ. *Liberales y liberalismo en España, 1810-1850. La forja de un concepto y la creación de una identidad política*. In: **Revista de Estudios Políticos**. Número 134, Dez/2006, Madrid, p. 125.

<sup>14</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo, antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 27.

<sup>15</sup> Alemanha e Itália também viram o início dos movimentos liberais durante esse período, mas eles não foram tão grandes e significativos como em Espanha, França e Inglaterra. Além disso, a Alemanha e a Itália não eram intelectualmente ligadas a esses Estados. Sobre o liberalismo alemão consultar: SHEEHAN, James. **German Liberalism in the 19th Century**. Chicago: University of Chicago Press, 1978 e LANGEWIESCHE, Dieter. **Liberalism in Germany**. Trad. Christiane Banerj, Princeton: Princeton University Press, 2000. Concernente ao liberalismo italiano, *vide*: RUGGIERO, Guido. **Storia del liberalismo europeo**. Boston: Beacon Press, 1959, p. 275-343.

<sup>16</sup> SARASOLA, Ignacio Fernández. **La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana**. Edição digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2004. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com>. Acesso em 8/2/2012.

<sup>17</sup> SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela. *O constitucionalismo espanhol e português durante a primeira metade do século XIX (um estudo comparado)*. In: **Revista Electrónica de História Constitucional**. nº 11, set/2010, p. 242. Consultado em 9/2/2012. <http://www.historiaconstitucional.com>.

<sup>18</sup> SARASOLA, Ignacio Fernández. **La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana**. *Op. cit.*, p. 2. Edição digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2004, p. 2. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com>. Acesso em 8/2/2012.

<sup>19</sup> SAHAGUN, Alberto. **The Birth of Liberalism: The Making of Liberal Political Thought in Spain, France, and England, 1808-1823**. Tese de Doutorado apresentada na Washington University. Saint Louis, Missouri, 2000, p. 97.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*, p. 47.

<sup>21</sup> SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela. *Op. cit.*, p. 242.

<sup>22</sup> Segundo SUANZES-CARPEGNA, o grupo trouxe à discussão a ideia da teoria dos corpos intermediários de Montesquieu expressa no **Espírito das Leis**. *Op. cit.*, p. 243.

<sup>23</sup> O principal fator que contribuiu para as lutas de independência foi a organização piramidal da sociedade colonial. Aristocratizada; o nascimento, e não o saber e a propriedade, determinavam a posição social dos homens. No topo dessa pirâmide, estavam os espanhóis de nascimento, os chamados *Chapetones*, que

tinham o monopólio dos altos cargos governamentais e eclesiásticos. Abaixo, encontravam-se os naturais da América, os *criollos*, donos do comércio; uma elite influenciada pelo liberalismo político e econômico. Na base estava a arraia miúda, composta pelos mestiços e indígenas, que representavam a maioria da população, alguns deles submetidos à escravidão, como os negros oriundos das Antilhas. Entretanto, havia uma pequena *intelligentsia* que lia as obras dos filósofos iluministas, que circulavam com certa liberdade. No México, por exemplo, a Inquisição teve que agir para impedir a dissiminação das ideias de Locke, Adam Smith, Descartes, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, lidos pelos altos funcionários e nas universidades. Esse movimento intelectual, embora restrito, constituiu o caldo de cultura para os movimentos de independência. In: LYNCH, John. **Las Revoluciones Hispanoamericanas, 1808-1826**. Barcelona: Ariel, 1989, p. 32 e Monelisa L. Pérez-Marchand. **Dos etapas ideológicas del siglo XVIII através de los papeles de la Inquisición**. México: El Colegio de Meixico, 1945.

<sup>24</sup> SARASOLA, Ignacio Fernández. **La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana**. *Op. cit.*, p. 2. Edição digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2004, p. 2. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com>. Acesso em 8/2/2012.

<sup>25</sup> Verdade seja dita, a Carta estadunidense, de fato, exerceu influência nas colônias e, a participação dos delegados da América Hispânica nas Cortes, tiveram o condão de disseminá-la junto ao Colégio Formal da Soberania. Efetivamente, a grande inspiração contra o império espanhol veio do exemplo norte-americano, e não, da Revolução Francesa. Aliás, desses dois movimentos de libertação, o modelo francês foi o menos atraente para os hispano-americanos, porquanto concebido como um sistema de democracia extrema e de anarquia social. Até mesmo personagens liberais como José Luis Mora, acreditavam que a América Latina nada tinha a aprender com os jacobinos. Após as revoltas de escravos havidas no Caribe, os proprietários de terras ficaram receosos com iniciativas que pudessem incitar atos semelhantes na América do Sul. Em Santo Domingo e, principalmente, no Haiti, foi proclamada em 1804 uma república independente. Sobre o tema, consultar: **“Impact of the French and Haitian Revolutions.” The Impact of the Haitian Revolution in the Atlantic World**. South Carolina: University of South Carolina Press. 2001.

Por seu turno, a influência norte-americana foi poderosa. Os ideais de liberdade e do republicanismo entusiasmaram a colônias espanholas. As obras de Paine e os discursos dos Pais Fundadores circularam pela América espanhola. Cópias da Constituição estadunidense e da Declaração de Independência foram traduzidas para o castelhano e apresentadas pelos comerciantes americanos, defensores do liberalismo econômico e do desenvolvimento de um mercado livre do monopólio espanhol. CROUZET, Maurice. *A afirmação da América em face do velho colonialismo. Recuo e reinício da expansão europeia*. In: **História Geral das Civilizações: O século XIX – O apogeu da civilização europeia**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. V. 13. Primeira parte, 1996, p. 141.

<sup>26</sup> SARASOLA, Ignacio Fernández. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>27</sup> No dizer de Manuel Fraile Clivillés: *“La Constitución de Cádiz establece la monarquía, pero una monarquía limitada, y ello no sólo por la afirmación del principio de la soberanía nacional, sino por la propia regulación que hace de la misma. En efecto, en los artículos 170 y 171 se va a efectuar una enumeración de las facultades del rey, pero también otra de prohibiciones a la actividad del rey. Este va a aparecer configurado como Jefe del Estado, y por ello conservando las facultades típicas de este cargo y también como jefe del Ejecutivo, pero precisamente por ello, y sacando las consecuencias del principio de división de poderes, se establecen una serie de prohibiciones de interferir; sea en el legislativo sea en los Tribunales.”* In: **Introducción al Derecho Constitucional Español**. Madrid, 1975, p. 228.

<sup>28</sup> Carlos Garriga e Marta Lorente ao descreverem a essência da Constituição gaditana ponderam: *“Sin duda, lo más significativo y evidente que a este respecto puede decirse es que las Cortes generales y extraordinarias elaboraron una Constitución política de la Monarquía española, presentada en su preámbulo como reformulación del pasado en un proyecto de futuro con fuerza jurídica vinculante. [...]”*

[...] difícilmente puede negarse que la Constitución, en plena coherencia por otra parte con el juramento de los diputados que marcó **ab initio** los límites del proceso constituyente, se presenta (esto es, se introduce en el orden jurídico) como resultado de interpretar la historia patria para desarrollar un proyecto político encarnado en un texto que tiene valor de norma jurídica fundamental. [...]. " Nuestro Cádiz, Diez Años Después. In: **Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional. Cuadernos y Debates**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 21-22. (Grifos no original)

<sup>29</sup> *Apremios* era uma denominação eufemística dada à tortura que afligia os réus na Espanha da época. De uso frequente, os *apremios* eram piores dos que os tormentos, pois não contavam com regras que os regulassem. Por tal razão, as Cortes agregaram ao vocábulo "tortura" a expressão "*apremios ilegais*", conforme se vê no projeto de decreto apresentado à Comissão de Justiça restando abolidos, por unanimidade, em 22 de abril de 1811. Leia-se:

"*Quede abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la Monarquía española, y la práctica introducida de afligir y molestar a los reos por los que ilegal y abusivamente Llamaban apremios: y prohíben los que se conocían con el nombre de esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros, cualquiera que fuese su denominación y uso: sin que ningún juez, tribunal ni juzgado, por privilegiado que sea, pueda mandar ni imponer la tortura, ni usar de los insinuados apremios bajo responsabilidad y la pena, por el mismo hecho de mandarlo, de ser destituidos los jueces de su empleo y dignidad, cuyo crimen podrá perseguirse por acción popular, derogando desde luego cualesquiera ordenanzas, ley, órdenes y disposiciones que se hayan dado y publicado en contrario.*" In: CL, I, p. 133. *Apud*: ROMERO, M<sup>a</sup>. Paz Alonso. **Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 246.

<sup>30</sup> "*La mayoría de las instrucciones giradas a la Junta versaban sobre justicia, buena prueba de la trascendencia que se le otorgaba. Partiendo de una orden genérica que obligaba a prestar particular atención al examen de las leyes relativas a la autoridad judicial y la forma de los juicios, y a tener muy presente que cualquier imperfección en la legislación criminal y orden procesal podía "destruir la libertad civil y política de los Ciudadanos", la Comisión de Cortes percibía como temas de urgente resolución los siguientes: abolición de los fueros privilegiados, por atentar a la necesaria unidad de jurisdicción derivada de la soberanía y ser fuente de conflictos, lentitud, carestía, incertidumbre y debilidad de la justicia; reforma de los notorios abusos introducidos en detenciones y encarcelamientos, por estimarse contraria al espíritu de una legislación justa y sabia y a los derechos naturales del hombre cualquier extralimitación en los exclusivos fines de custodia atribuidos a las cárceles; supresión de la tortura ("adoptada ya en casi todos los Códigos de Europa, y cuyo favor gritan a una la razón y la humanidad") y estudio de los "medios de suplir esta tan cruel como falible prueba".*

*Con estos mandatos por delante y los resultados de la Consulta al País a su disposición, la Junta desarrolló en Sevilla sus trabajos hasta el 19 de enero de 1810 [...].*" ROMERO, M<sup>a</sup> Paz Alonso. *Id.*, p. 225.

<sup>31</sup> Também serviram de paradigmas as Constituições de Aragão, Navarra e Castela; as leis criminais da Catalunha; a lei de Segovia no tocante à limitação na interposição de recursos tal qual se infere do *Discurso Preliminar*. Ademais, "*en los debates de aquellas Cortes fueron aprobados muchos otros derechos, privilegios, prerrogativas y libertades contenidas en las legislaciones federales y en Las Siete Partidas, tales como los siguientes, que citamos según las expresiones usadas en las discusiones: el Llamado auto gallego, o auto ordinario vigente en Galicia; las firmas y contrafirmas de la región Valenciana; los conocidos en Aragón y Valencia como proceso de aprehensión y firmas posesorias; los recursos de apelación, de firma, de inventario y manifestación de las leyes de Aragón; las firmas posesorias y firmas titulares conocidas y vigentes en Aragón; los recursos de amparo; los interdictos de amparo; los procesos greuges del reino de Aragón; los juicios de residencia, que permitían a los particulares querrelarse, o reclamar agravios ante el juez residente; los juicios de responsabilidad que permitían restaurar el principio de legalidad y exigir respeto y, desde luego, reconocimiento de los agravios recibidos.*" BARRAGÁN, José Barragán. *Derechos Humanos y Sistemas de Protección*

en la obra de las Cortes de Cádiz. In: **La Constitución de Cádiz de 1812: hacia los orígenes de constitucionalismo iberoamericano y latino**. Coord. Asdrúbal Aguiar, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello; Unión Latina; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Fundación Histórica Tavera; Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812, 2004, p. 482.

<sup>32</sup> Escreveria F. Tomas y Valiente acerca da atuação das Cortes: “*El primer deber de las Cortes consiste en averiguar los agravios existentes, corregir los abusos en la ejecución de las Leyes, y administración de la justicia, y castigar á los delinquentes públicos, para que escarmentados otros con su ejemplo no cometan iguales crímenes. Debe pues toda clase y estado de personas considerarse bajo la protección de este Congreso, mirándole con respecto y confianza como guarda y defensor de sus derechos.*” **Las Cortes de España en 1809, según un folleto bilingüe cuya autoría hay que atribuir a un triángulo compuesto por un lord inglés, un ilustrado español y un joven médico llamado John Allen**. In: **Estat, dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep M. Gay I Escoda**. Barcelona, Asociación Catalana d’Historia del Dret “Jaume de Monjüic”, 1996, p. 797. Apud: ROMERO, M<sup>a</sup> Paz Alonso. *Op. cit.*, p. 229.

<sup>33</sup> A norma continua, ainda, disposições que proibiam interpor causas contrárias ao previsto em lei; que nenhum indivíduo poderia ser preso por mais de 48 horas sem ser conduzido ao tribunal competente, dentre outros preceitos assecuratórios nos quais se destaca um muito loquaz que diz: “*A infração deste artigo será reputada como um atentado à liberdade dos cidadãos e em qualquer caso, estará ele autorizado a recorrer mediante queixa às Cortes*”. In: ROMERO, M<sup>a</sup> Paz Alonso. *Op. cit.*, p. 233-234.

<sup>34</sup> Sobre ela escreveu *El Conciso* no dia posterior: “*Se vino de proposición en proposición a la del Sr. Llaneras [sic] sobre el decreto de Habeas Corpus o libertad personal. Con este motivo el Sr. Barón de Antella explicó enérgicamente esta ley, según se observa en Inglaterra, sin olvidarse de la misma que había en Aragón. Expuso con mucha solidez los males que por su inobservancia se experimentaban, concluyendo que inmediatamente se mandase poner en práctica. Opúsose el Sr. Gutiérrez de la Huerta diciendo que no debía hacerse novedad alguna hasta reformar el Poder judicial en toda su extensión. Se mandó crear una Comisión para que informe.*” CASTRO, Cortes de Cádiz, T. I, p. 304. Apud: ROMERO, M<sup>a</sup> Paz. *Op. cit.*, p. 234.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 234

<sup>36</sup> Sobre a participação dos militares nas Cortes de Cádiz, Palomino Manchego salienta: “*‘Es curioso por ello observar que en el Congreso gaditano [...] el grupo de los militares destaca como el más progresista en este período’, sin obviar que el Ejército americano desde el siglo XVIII empezó a tomar posturas liberales hasta culminar con la independencia, habiendo jugado un papel preponderante las familias criollas que eran precisamente las que financiaban en su totalidad a la milicia.*

*Renglón especial ocupa el tema de la Constitución militar – defendido por 66 diputados – que fue también materia de debate en las Cortes Constituyentes doceañistas. Destacan las proposiciones que presentaron los diputados por Guatemala y Lugo, respectivamente: Manuel de Llhanos (suplente) y José Ramón Becerra y Lhamas (electo). Manuel de Llhanos, en la sesión del 30 de diciembre de 1811, propuso que se constituyera una Junta Militar de individuos de todas las armas y ejércitos, cuyo objeto sería formar la Constitución militar; la cual se sometería a sanción de las Cortes o Diputación permanente. De igual forma, Becerra y Lhamas, en sesión de 17 de enero de 1812, Llegó a presentar una exposición relativa a la constitución general y particular del ejército. La Comisión de Guerra era de la idea de que las Cortes debían aprobar los trabajos en que se había ocupado la Comisión de Constitución militar, y que por medio de la Regencia se comunicase a esta última.*” MANCHEGO, José Felix Palomino. In: **Conflictos de Competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar en el Contexto Constitucional**. Tesis para el grado académico en Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales. Tomo I. Universidad Nacional de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política, Lima, 2011, p. 119-120.

<sup>37</sup> “Art. 4. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen. ”

<sup>38</sup> GARCÍA RUIZ, José Luiz. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de Cádiz*. In: **La Constitución de Cádiz de 1812: hacia los orígenes de constitucionalismo iberoamericano y latino**. Op. cit. p. 407. Escribiría o autor: “Por cierto que la declaración general del artículo 4º [...], puede servir para plantearnos el interrogante, qué tantas veces se nos va a presentar respecto de derechos concretos, de si no estamos en presencia de una anticipación histórica de carácter conceptual. ¿Conservar y proteger por leyes sabias y justas no pudiera ser lo que muchos años después terminaremos denominando reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales?” Id. p. 407.

<sup>39</sup> “Art. 288. Toda persona deberá obedecer estos mandamientos; qualquiera resistencia será reputada delito grave. ”

<sup>40</sup> “Art. 172 – 11ª No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del Despacho que firme la orden, y el juez que la execute, serán responsables a la Nación, y castigados como reos de atentado contra libertad individual. Solo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho hora deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente. ”

<sup>41</sup> José Luiz García Ruiz, atualizando o conteúdo do famoso e longo art. 172 destinado a impor restrições à autoridade real escreveria: “[...] vamos a encontrar en el punto 11 del referido artículo con un texto constitucional garantista y precursor de lo que será la regulación de este derecho en la época contemporánea. De un lado, el Rey o como ahora diríamos, el Poder Ejecutivo carece de facultad alguna para restringir este derecho como claramente establece el párrafo primero del punto citado[...]” In: *Las Garantías de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Constitución de Cádiz*. **La Constitución de Cádiz de 1812**. Op. cit., p. 408.

<sup>42</sup> Leia-se os artigos citados, verbis:

**“CAPÍTULO III –De la administración de justicia en lo criminal.**

Artículo 286. - Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad, y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados.

Artículo 287. - Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

Artículo 288. - Toda persona deberá obedecer estos mandamientos: cualquiera resistencia será reputada delito grave.

Artículo 289. - Cuando hubiere resistencia o se temiere la fuga, se podrá usar de la fuerza para asegurar la persona.

Artículo 290. - El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas.

Artículo 291. - La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio.

Artículo 292. - En fraganti todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo, como se previene en los dos artículos precedentes.

Artículo 293. - Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad.

Artículo 294. - Sólo se hará embargo de bienes cuando se proceda por delitos que lleven consigo responsabilidad pecuniaria, y en proporción a la cantidad a que ésta pueda extenderse.

Artículo 295. - No será llevado a la cárcel el que de fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza.

Artículo 296. - En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza.

Artículo 297. - Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcaide tendrá a éstos en buena custodia y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos.

Artículo 298. - La ley determinará la frecuencia con que ha de hacerse la visita de cárceles, y no habrá preso alguno que deje de presentarse a ella bajo ningún pretexto.

Artículo 299. - El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes, serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal.

Artículo 300. - Dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere.

Artículo 301. - Al tomar la confesión al tratado como reo, se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos; y si por ellos no los conociere, se le darán cuantas noticias pida para venir en conocimiento de quiénes son.

Artículo 302. - El proceso de allí en adelante será público en el modo y forma que determinen las leyes.

Artículo 303. - No se usará nunca del tormento ni de los apremios.

Artículo 304. - Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes.

Artículo 305. - Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció.

Artículo 306. - No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado.

Artículo 307. - Si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces del hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente.

Artículo 308. - Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delinquentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado. ”

<sup>43</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1992, 9. ed., revista e atualizada, p. 74.

<sup>44</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 52.

<sup>45</sup> CORDEIRO LOPES, Anselmo Henrique. *¿El Estado Constitucional Democrático de Derecho en España fue institucionalizado en Cádiz?* Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18373>, publicado em 1/2011. Acesso em: 10/2/2012.

<sup>46</sup> MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito**. Tradução: Dimitri Dimoulis e outros, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 17. Discorrendo sobre ela, Müller enfatiza: “A relação entre realidade e direito não pode ser compreendida suficientemente nem em sua universalidade jurídico-filosófica, nem se baseando exclusivamente nos detalhes da metodologia prática para o tratamento de cada caso. Ao contrário, é preciso unir hermenêuticamente ambos os pontos de vista. “Hermenêutica” não se entende aqui como problemática geral de interpretação, senão como um conceito técnico no sentido de um exame das condições essenciais a partir das quais se realiza a interpretação jurídica; como teoria dos requisitos da metodologia e dogmática jurídicas, tendo sempre presente o papel que desempenha a realidade normatizada em relação ao conteúdo de validade que há na norma jurídica. Não se trata, portanto, de apresentar uma teoria

ou metodologia tematicamente exaustiva da jurisprudência, senão de oferecer um estudo de uma de suas situações de fato fundamentais.” *Id.*, p. 18.

<sup>47</sup> “Capítulo VII. De las facultades de las Cortes  
Artículo 131. - Las facultades de las Cortes son:  
Primera. Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y de rogarías en caso necesario.  
Artículo 261. - Toca a este Supremo Tribunal:  
Décimo. Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes. ”

<sup>48</sup> “[...] La Constitución garantizaba su validez a través del Rey, el Tribunal Supremo de Justicia y, sobre todo, las Cortes, sus auténticas custodias. Cualquier español podía acudir al Rey o las Cortes para reclamar la observancia de la Constitución (art. 373), pero el Parlamento estaba habilitado además para proceder de oficio contra cualquier infractor constitucional (art. 373) y, en especial, contra los Secretarios del Despacho (art. 226) y cualquiera funcionario público (art. 131.25). Incluso en los recesos de las Cortes se preveía la existencia de un órgano tuitivo – la Diputación Permanente –, encargado de vigilar las infracciones constitucionales para notificarlas al Parlamento tan pronto como éste se reuniese (art. 160.1). Apreciada la infracción constitucional, las Cortes podían acusar al funcionario público infractor mediante Decreto, enjuiciando después el Tribunal Supremo de Justicia (art. 261.2).” SARASOLA, Ignacio Fernández. **Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/valor-normativo-y-supremacia-juridica-de-la-constitucin-de-1812-0/>. Acesso em: 2/2/2012.

<sup>49</sup> Vide: SIÉYÈS, Emmanuel J. *Opinión sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de Constitución – 1795*. In: **Escritos políticos de Siéyès**. Madrid: Ed. De Ramón Máiz, C. E. C, 1990, p. 247.

<sup>50</sup> A propósito pondera Ignacio Fernández Sarasola: “[...] el Parlamento era el custodio a un tempo de la ley y de la Constitución: de la ley, porque era voluntad directa suya, y de la Constitución porque, aunque procedía del poder constituyente – y no del Parlamento ordinario –, las Cortes eran el órgano que más se acercaba a dicho poder al representar a su titular; la Nación. Siendo las Cortes guardianas de ambas formas jurídicas es evidente que en ningún caso apreciarían colisión entre ellas.” SARASOLA, Ignacio Fernández. *La Constitución Española de 1812 y su Proyección Europea e Iberoamericana*. In: **Fundamentos**, núm.2 (Monográfico sobre “**Modelos en la historia constitucional comparada**”, dirigido por Joaquín Varela Suanzes-Carpegna), 2000, p. 359-466.

<sup>51</sup> Os preceitos chaves eram os seguintes:

“Art. 254. Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren. ”

“Art. 255. El soborno, el cohecho y la prevaricación de los magistrados y jueces producen acción popular contra los que los cometan. ”

Conforme se lê no *Discurso Preliminar*: “La observancia de las formalidades que arreglan el proceso es tan esencial, que en ellasha de estar fundado el criterio de la verdad; y en el instante en que la autoridad soberana pudiese dispensarla en lo más mínimo, no sólo se comprometería el acierto en las sentencias, sino que la desconfianza se apoderaría del ánimo de los que pusiesen su vida y sus intereses en manos de los jueces o magistrados”. *Op. cit.*, p. 62-63.

Nada mais atual, sabido que, “*hodiernamente, cabe à Lei Maior configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.*” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>52</sup> *In litteris*:

“Art. 262. Todas las causas civiles y criminales se fenecerán dentro del territorio de cada audiencia.”

<sup>53</sup> Vide: “Art. 261. Toca a este supremo Tribunal:

9º. Conocer de los recursos de nulidad, que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254. Por lo relativo a ultramar; de estos recursos se conocerá en las audiencias, en la forma que se dirá en su lugar.”

<sup>54</sup> “Art. 373. Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución.”

<sup>55</sup> “Art. 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.”

<sup>56</sup> “Art. 253. Si al Rey Llegaren quejas contra algún magistrado, y formado expediente, parecieren fundadas, podrán, oído el consejo de Estado, suspenderle, haciendo pasar inmediatamente el expediente al supremo tribunal de Justicia, para que juzgue con arreglo á las leyes.”

<sup>57</sup> CORDEIRO LOPES, Anselmo Henrique. ¿El Estado Constitucional Democrático de Derecho en España fue institucionalizado en Cádiz? Disponible em: <http://jus.com.br/revista/texto/18373>, publicado em 1/2011. Acesso em: 10/2/2012.

<sup>58</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. **Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 321. Sobre a criação do Supremo Tribunal em Espanha sob a égide da Constituição de Cádiz, consultar: MORENO PASTOR, L. **Los Orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989.

<sup>59</sup> “La rigidez constitucional que los liberales lograron introducir en el texto constó de una cláusula de intangibilidad temporal absoluta y de un procedimiento de reforma constitucional más complejo que el previsto para la elaboración de las leyes. Con ello, se pretendían objetivos políticos y jurídicos. Políticamente, la rigidez procedimental pretendía otorgar una mayor estabilidad al documento recién aprobado, en tanto que la cláusula de intangibilidad temporal absoluta buscaba que el texto se consolidase entre la opinión pública y que sólo se modificase cuando, tras una puesta en práctica de varios años, se viesen sus defectos (método empírico). Jurídicamente la rigidez permitía diferenciar entre el poder constituyente, el poder de reforma (o poder constituyente-constituido) y los poderes constituidos. Así, el poder constituyente era una derivación de la soberanía nacional y carecía de cualquier límite: **procedimental**, puesto que la voluntad constituyente se manifestaba al margen de cualquier procedimiento reglado; **temporal**, porque la Nación estaba siempre formada y en plena disposición de ejercer en cualquier momento dicho poder; y **material**.” SARASOLA, Ignacio Fernández. *La Constitución Española de 1812 y su Proyección Europea e Iberoamericana*. In: **Fundamentos**, núm. 2 (Monográfico sobre “Modelos en la historia constitucional comparada”. *Op. cit.* p. 356. (grifos no original)

<sup>60</sup> O procedimento de reforma foi regulado pelos artigos 375 a 384. Veja-se:

“Art. 375. - Hasta pasados ocho años después de hallarse puesta en práctica la Constitución en todas sus partes, no se podrá proponer alteración, adición ni reforma en ninguno de sus artículos.

Art. 376. - Para hacer cualquier alteración, adición o reforma en la Constitución será necesario que la diputación que haya de decretarla definitivamente venga autorizada con poderes especiales para este objeto.

Art. 377. - Cualquiera proposición de reforma en algún artículo de la Constitución deberá hacerse por escrito, y ser apoyada y firmada a lo menos por veinte diputados.

Art. 378. - La proposición de reforma se llevará por tres veces, con el intervalo de seis días de una a otra lectura; y después de la tercera se deliberará si ha lugar a admitirla a discusión.

Art. 379. - Admitida la discusión, se procederá en ella bajo las mismas formalidades y trámites que se prescriben para la formación de las leyes, después de los cuales se propondrá a la votación si ha

lugar a tratarse de nuevo en la siguiente diputación general: y para que así quede declarado, deberán convenir las dos terceras partes de los votos.

Art. 380. - La diputación general siguiente, previas las mismas formalidades en todas sus partes, podrá declarar en cualquiera de los dos años de sus sesiones, conviniendo en ello las dos terceras partes de votos, que ha lugar al otorgamiento de poderes especiales para hacer la reforma.

Art. 381. - Hecha esta declaración, se publicará y comunicará a todas las provincias; y según el tiempo en que se hubiere hecho, determinarán las Cortes si ha de ser la Diputación próximamente inmediata o la siguiente a ésta, la que ha de traer los poderes especiales.

Art. 382. - Estos serán otorgados por las juntas electorales de provincia, añadiendo a los poderes ordinarios la cláusula siguiente: “Asimismo les otorgan poder especial para hacer en la Constitución la reforma de que trata el decreto de las Cortes, cuyo tenor es el siguiente: (aquí el decreto literal). Todo con arreglo a lo prevenido por la misma Constitución. Y se obligan a reconocer y tener por constitucional lo que en su virtud establecieren.”

Art. 383. - La reforma propuesta se discutirá de nuevo; y si fuere aprobada por las dos terceras partes de diputados, pasará a ser ley constitucional, y como tal se publicará en las Cortes.

Art. 384. - Una diputación presentará el decreto de reforma al Rey, para que le haga publicar y circular a todas las autoridades y pueblos de la Monarquía. ”

<sup>61</sup> Vide: SARASOLA, Fernández Ignacio. *Representación, mandato y tracionalidad en el pensamiento liberal*. In: **Debates Constitucionales**, Núm. 1, 1999. Disponible em: <http://constitucion.rediris.es/revista/dc/uno/Indice.html>. Acceso em: 24/2/2012.

<sup>62</sup> Para Cordeiro Lopes: “La verdad está en que, incluso en los Estados Unidos, el **judicial review**, definido como [...] “**a mechanism by which the courts may invalidate decisions of Congress and the President, subject only to the burdensome process of constitutional amendment**”, era todavía bastante incipiente en la primera década del siglo XIX. En aquel entonces, salvo en los Estados Unidos (y en circunstancias muy excepcionales), no se concebía que el juez pudiese invalidar una ley aprobada por las Cortes. Ese pensamiento era coherente con la perspectiva político-representativa europea de la época. Si la lucha social de aquel entonces era desarrollada para garantizar el ejercicio del poder político por órganos que representaban los ciudadanos, no sería razonable otorgar a jueces sin representación popular el poder de “suspender” las leyes del Parlamento. En este sentido, el artículo 246 de la Constitución de Cádiz era expreso en prohibir a los tribunales suspender la ejecución de las leyes. “CORDEIRO LOPES, Anselmo Henrique. In: *Op. cit.*

Em sentido contrário, posiciona-se Fernández Sarasola, para quem, na verdade, constata-se a inexistência mesma de relação hierárquica entre lei e Constituição, porquanto para os legisladores, poder constituinte e poder constituído, exprimiam a vontade soberana da Nação. O que as diferenciava era a repartição material de competências: a Constituição possuía um campo próprio que a lei não poderia adentrar; sem dúvida, um entrave intransponível para sustentar a supremacia jurídica da *Lex Fundamental*is de 1812. *La Constitución Española de 1812 y su Proyección Europea e Iberoamericana*. In: **Fundamentos**, núm. 2, *Op. cit.*, p. 359-466.

<sup>63</sup> Defendendo a circulação hierarquizada da Carta de Cádiz, Garriga e Lorente sustentam: “La responsabilidad que ampara incondicionalmente a la Constitución y las leyes o decretos, determinaba a su vez el régimen de obediencia condicionada – a la **constitucionalidad** – para el resto de las disposiciones, reglas o mandatos: todos los actos que, por no ser debidos a las Cortes, eran considerados de cumplimiento del derecho, quedaban así sujetos a una suerte de **obedecer y no cumplir**, por utilizar la vieja fórmula castellana, sustanciado por las autoridades gubernativas responsables de su ejecución o puesto en práctica. En tales casos, la obediencia queda condicionada a la constitucionalidad y puede resolverse en un incumplimiento bajo responsabilidad (cuyas circunstancias y efectos venían precisamente determinadas, dando cabida en las normas tardías incluso a criterios de oportunidad o conveniencia apreciables por la autoridad Llamada a cumplirlas y tan genéricamente definidos como corresponde a los deberes generales de los empleados públicos).

A los efectos que ahora importan, esto tiene dos consecuencias principales. Por un lado, la obediencia al superior no exige de responsabilidad al inferior, por lo que es debida si y sólo si es constitucional, dando lugar a una suerte de control difuso de constitucionalidad de los actos gubernativos, con toda la cadena de efectos ya señalada. La responsabilidad delimita y sirve para formar, por otro lado, una suerte de **bloque de constitucionalidad**: un bloque normativo (del que forman parte los actos de creación y no los de cumplimiento, en los términos señalados) que viene legalmente definido por su constitucionalidad, lo que para el caso significa por principio jurídicamente exento de contradicción: como no hay posibilidad alguna de impugnación ni se admite que puedan ser de ninguna manera incumplidas, las leyes y decretos de las Cortes son por definición constitucionales, es decir, encarnan en quel orden la lectura legítima de la Constitución.” GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. **Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional**. *Op. cit.*, p. 35-36.

<sup>64</sup> Analizando a influência da Carta Gaditana na Constituição Portuguesa de 1822, Jorge Miranda salienta: “A Constituição de 1822 tem por fonte directa e principal a Constituição de Cádiz, e por meio dela ou subsidiariamente, as Constituições francesas de 1791 e 1795.

Na sua origem, acham-se, portanto, grandes linhas de constitucionalismo francês, atenuadas ou interpretadas, na linha do utilitarismo de BENTHAM (que chegou a ter correspondência directa com as Cortes portuguesas), com a procura de equilíbrio entre o poder do Estado e os direitos e deveres individuais.” *A Constituição Portuguesa de 1822*. In: **La Constitución de Cádiz. Hacia los orígenes del constitucionalismo ibero-americano y latino**. *Op. cit.*, p. 379.

Recorde-se que, no Brasil, a Constituição Espanhola de 1812 foi posta em vigor pelo Decreto de 21 de abril de 1821, revogado no dia posterior.

Sobre a influência do liberalismo europeu no constitucionalismo brasileiro durante o Império, pronuncia-se Paulo Bonavides: “Com efeito, a fonte doutrinária fora a mesma: o constitucionalismo francês, vazado nas garantias fundamentais do número 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Nesse documento se continha a essência e a forma inviolável de Estado de Direito. Idêntica, por igual, a fonte positiva de inspiração imediata: a Constituição de Cádiz. Fomos tão longe que lhe decretamos a vigência durante 24 horas.” **A Evolução Constitucional do Brasil**. Conferência feita pelo autor na Academia Piauiense de Letras em 27 de julho de 2000.

## Referências Bibliográficas

ARTOLA, M. Estudio Preliminar. In: M. Artola & Flaquer Montequi. **II La Constitución de 1812**. Madrid: Lustel, 2008.

BARRAGÁN, José Barragán. Derechos Humanos y Sistemas de Protección en la obra de las Cortes de Cádiz. In: **La Constitución de Cádiz de 1812: hacia los orígenes de constitucionalismo iberoamericano y latino**. Coord. Asdrúbal Aguiar, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello; Unión Latina; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Fundación Histórica Tavera; Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A Evolução Constitucional do Brasil**. Conferência feita pelo autor na Academia Piauiense de Letras em 27 de julho de 2000.

BUSAALL, Jean-Baptiste. Constitution et culture constitutionnelle. La constitution de Bayonne dans la monarchie espagnole. In: **Les origines du constitutio-**

- nalisme et la Constitution de Bayonne du 7 juillet 1808.** Madrid: Casa Velazquez, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- CLIVILLÉS, Manuel Fraile. **Introducción al Derecho Constitucional Español.** Madrid: [s. n.] 1975.
- CORDEIRO LOPES, Anselmo Henrique. **¿El Estado Constitucional Democrático de Derecho en España fue institucionalizado en Cádiz?** In: <http://jus.com.br/revista/texto/18373>, publicado em 1/2011. Acesso em: 10/2/2012.
- CROUZET, Maurice. *A afirmação da América em face do velho colonialismo. Recuo e reinício da expansão europeia.* In: **História Geral das Civilizações: O século XIX – O apogeu da civilização europeia.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, Vol. 13, Primeira parte, 1996.
- DAVIS, David Brion. **Impact of the French and Haitian Revolutions.** In: GEGGUS, David P. (Org.). **The Impact of the Haitian Revolution in the Atlantic World.** South Carolina: University of South Carolina Press, 2001.
- DIETER, Langewiesche. **Liberalism in Germany.** Tradução de Christiane Banerj. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- ELLIOT, John. **Imperial Spain.** Londres: Penguin, 1970.
- ESPAÑA. Cortes Gerais e Extraordinárias. **Discurso Preliminar.** Lido nas Cortes quando da apresentação pela Comissão de Constituição do Projeto da Constituição de Cádiz, em 18 de agosto de 1811.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- GARCÍA RUIZ, José Luiz. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de Cádiz.* In: **La Constitución de Cádiz de 1812: hacia los orígenes de constitucionalismo iberoamericano y latino.** Coord. Científico: Asdrúbal Aguiar. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello; Unión Latina; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Fundación Histórica Tavera; Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812, 2004.
- GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. **Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional. Cuadernos y Debates.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>>. Acesso em: 15/2/2012.
- LYNCH, John. **Las Revoluciones Hispanoamericanas, 1808-1826.** Barcelona: Ariel, 1989.

- PÉREZ-MARCHAND, Monelisa Lina. **Dos etapas ideológicas del siglo XVIII a través de los papeles de la Inquisición.** México: El Colegio de México, 1945.
- MANCHEGO, José Felix Palomino. **Conflictos de Competencia entre el Poder Judicial y la Jurisdicción Militar en el Contexto Constitucional.** Tesis para el grado académico en Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales. Tomo I. Universidad Nacional de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política, Lima, 2011.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. **Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823).** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo, antigo e moderno.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa de 1822. *In: La Constitución de Cádiz. Hacia los orígenes del constitucionalismo Ibero-americano y latino.* Coord. Científico: Asdrúbal Aguiar, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello; Unión Latina; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Fundación Histórica Tavera; Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812, 2004.
- MIROW, M. C. Visions of Cádiz: The Constitution of 1812. Historical and Constitutional Thought. *In: Studies in Law, Politics, and Society, Special Symposium: Making Sense of the Past: When History Meets Law.* Ed. Austin Sarat, Volume 53, 2010.
- MORENO PASTOR, Luis. **Los Orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838.** Madrid: Ministerio de Justicia, 1989.
- MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito.** Tradução de Dimitri Dimoulis e outros; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PAYNE, Stanley G. A. **History of Spain and Portugal: Eighteenth Century to Franco.** University of Wisconsin Press, 1973.
- RODRÍGUEZ, José Manuel Martínez-Pereda e VALDÉS, Antonio Roma. **Derecho Penal (Parte general).** Barcelona: J. M. Bosch, 1999.
- RODRÍGUEZ O., Jaime E. **The Independence of Spanish America.** Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- ROMERO, Maria Paz Alonso. **Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

- RUGGIERO, Guido. **Storia del liberalismo europeo**. Boston: Beacon Press, 1959.
- SAHAGUN, Alberto. **The Birth of Liberalism: The Making of Liberal Political Thought in Spain, France, and England, 1808-1823**. Tese de Doutorado apresentada na Washington University. Saint Louis: Missouri, 2009.
- SARASOLA, Fernández Ignacio. Representación, mandato y tracionalidad en el pensamiento liberal. In: **Debates Constitucionales**. n. 1, 1999. Disponível em: <<http://constitucion.rediris.es/revista/dc/uno/Indice.html>>. Acesso em: 24/2/2012.
- \_\_\_\_\_. La Constitución Española de 1812 y su Proyección Europea e Iberoamericana. In: **Fundamentos**, núm. 2, Monográfico sobre “**Modelos en la historia constitucional comparada**”, dirigido por Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/valor-normativo-y-supremacia-juridica-de-la-constitucion-de-1812-0/>>. Acesso em: 2/2/2012.
- SEBASTIÁN, Javier Fernández. Liberales y liberalismo en España, 1810-1850. La forja de un concepto y la creación de una identidad política. In: **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Número 134, Dez/2006.
- SHEEHAN, James. **German Liberalism in the 19th Century**. Chicago: University of Chicago Press, 1978.
- SIÉYÈS, Emmanuel J. Opinión sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de Constitución – 1795”. In: **Escritos políticos de Siéyès**. Madrid: Ed. De Ramón Máiz, C. E. C, 1990.
- SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela. O constitucionalismo espanhol e português durante a primeira metade do século XIX (um estudo comparado). In: **Revista Eletrônica de História Constitucional**. N. 11, set/2010. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com>>. Acesso em: 9/2/2012.
- VARGAS, Diego Uribe. **Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano**. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1972.

### Resumo

O artigo aborda um tema antigo sob um prisma pouco estudado na academia: a forte contribuição da Constituição de Cádiz para o devido processo legal. Baseado em um escorço histórico, no qual aponta a questão da invasão napoleônica na Espanha com as conhecidas consequências para a monarquia local, o texto explica a forma de absorção gradativa dos avanços na proteção dos direitos individuais contidos na Constituição de Bayonne, carta foral concedida por Napoleão à Espanha. Em se-

guida, demonstrando simpatia pelas obras de Locke e Montesquieu, o texto prepara o espírito do leitor para a formulação dos princípios básicos que fundamentaram a construção do texto da Constituição de Cádiz. Após minuciosa e erudita análise dos valores daquela Carta, os autores apontam a importância do seu conteúdo, inspirando várias constituições, tanto na Europa quanto na Ibero-América.

**Palavras-chave:** Devido processo legal penal; Constituição de Cádiz de 1822; Binômio Estado-Indivíduo; Direitos Humanos; Mecanismo de conciliação.

### **Abstract**

The article deals with an ancient issue from a perspective that has been scarcely studied academically: the relevant contribution of the Cadiz Constitution to the due legal process. Departing from a historical perspective which highlights Napoleon's invasion of Spain and its consequences for the local monarchy, the text explains the gradual assimilation of advancements in the protection of individual rights envisaged in the Bayonne Constitution, a charter awarded by Napoleon to Spain. Following that, and evidencing sympathy to the writings of Locke and Montesquieu, the author prepares the reader's mind to the formulation of the basic principles underlying the construction of the text of the Cadiz Constitution. After a judicious analysis of those underlying values, the authors highlight the importance of the contents of that Constitution which inspired several other similar texts both in Europe and in Ibero-America.

**Key words:** Due process of criminal law; 1922 Cadiz Constitution; state-individual dichotomy; human rights; reconciliation mechanism.

Chesterton, no capítulo “*A Bandeira do Mundo*” de seu livro “*Ortodoxia*” (1908)<sup>1</sup>, criticava tanto os pessimistas quanto os otimistas: os pessimistas, porque sua tendência a reclamar de tudo leva-os a desistir de encontrar solução para os problemas; os otimistas, porque sua tendência a achar que as coisas já estão boas leva-os a não melhorar e defender o indefensável. Dizia, então, que devíamos ser uma combinação equilibrada das duas posturas: pessimistas o suficiente para não estar nunca contentes com as coisas como estão; otimistas o suficiente para achar que vale à pena progredir e que isso é possível. Sob essa dupla perspectiva, é que pretendo analisar o quadro atual do sistema judiciário brasileiro.

Parafraseando Macbeth de Shakespeare, “*há algo de errado no reino*” quando, num país de mais de 190 milhões de habitantes, um de cada 3 brasileiros tem uma demanda judicial. São mais de 67 milhões de ações tramitando atualmente no Judiciário brasileiro, a serem solvidas por pouco mais de 16.000 juízes de todos os níveis.

A extrema litigiosidade que se encontra pode ser explicada em parte pelo desenvolvimento de uma verdadeira república dos bacharéis, em que há mais cursos de direito no Brasil – mais de 2.500 faculdades de direito – do que a soma dos demais cursos jurídicos do resto do mundo, conforme dados levantados pelo CNJ (Conselheiro Jefferson Kravchychyn). Uma distorção que fica ainda mais patente pela necessidade de submissão dos bacharéis brasileiros a um exame de ordem para inscrição no órgão de classe, em que a reprovação é de 90% dos candidatos formados. Uma tal massa de bacharéis e advogados gera uma massa extraordinária de demandas judiciais. O problema então passa a ser o da capacidade de resposta do Judiciário brasileiro a essa demanda de massa.

A Constituição Brasileira, depois da Reforma do Judiciário de 2004, previu, na Emenda Constitucional 45, a garantia de uma duração razoável ao processo (art. 5º, LXXVIII), o que não passa de utopia, já que a irracionalidade do sistema mostra como a garantia carece de mecanismos capazes de assegurar o que se promete, com demandas durando de 10 a 30 anos para serem resolvidas. “*A justiça que tarda, falha*”, dizia o Min. Ayres Brito. E acrescentamos: “*Justiça tardia é injustiça*”.

Ora, a falta de racionalização judicial começa pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, que é o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o que tem

salvado o STF do colapso é o sistema da repercussão geral, em que nossa Suprema Corte seleciona os temas que considera com repercussão geral de ordem política, econômica, jurídica e social, deixando de analisar os demais. No entanto, a forma como foi engendrado o sistema tem gerado efeitos colaterais mais danosos do que benéficos, travando todo o Judiciário brasileiro.

Um sistema racional de prestação jurisdicional se apoia num tripé:

- a) direito do cidadão ao duplo grau de jurisdição, com a sentença monocrática de um juiz sendo revista pelo colegiado de um tribunal, quanto aos fatos e ao direito a eles aplicável;
- b) os Tribunais Superiores e a Suprema Corte julgam temas, não casos, fixando o conteúdo normativo da Constituição e das leis federais, não constituindo uma 3ª ou 4ª instância de rejuízo das causas;
- c) os meios alternativos de composição de conflitos na sociedade devem ser prestigiados, tais como os órgãos de conciliação e mediação e a negociação coletiva.

No entanto, tais pressupostos pilares, respeitados por países civilizados da Europa e América do Norte, têm sido diuturnamente esquecidos e desprezados no Brasil, uma vez que:

- a) o sistema da repercussão geral, diferentemente do *writ of certiorary* da Suprema Corte Americana, não resolve de pronto se vai, ou não, julgar cada processo: em vez de “*mandar para o céu ou para o inferno*” cada caso, dando alegria aos que mantêm o ganho de causa e tristeza aos que não terão suas demandas apreciadas, manda milhares de demandas ao “*purgatório*” (só na Vice-Presidência do TST temos mais de 40.000 processos represados e, no TJ-SP, mais de 200.000!), lugar que, na teologia católica, é de sofrimento, ainda que pautado na esperança de que um dia se chegará ao Céu, o que não ocorrerá no sistema da repercussão geral, já que, além da demora de anos (há quase 200 temas aguardando julgamento e só se apreciam um ou dois por semana, tendo a Corte praticamente parado durante o ano em que teve de julgar o processo criminal do “Mensalão”), o julgamento de mérito pode ser desfavorável a quem tanto esperou;
- b) no TST, o resíduo processual pendente de apreciação chegou a tal ordem – quase 300.000 processos – que a Presidência da Corte firmou “acordo de cooperação técnica” com os Tribunais Regionais do Trabalho para cederem desembargadores e servidores para ajudarem a Corte a debelar esse volume descomunal de processos, como se o problema fosse conjuntural e não

estrutural, insistindo-se em julgar casos e não temas, apesar da autorização legal (CLT, art. 896-A), constitucionalmente referendada pelo STF, de se adotar critério de seleção das matérias a serem apreciadas pela Corte;

c) em que pese a orientação das Convenções 98 e 154 da OIT e os comandos dos arts. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da Constituição Federal, de se prestigiar a negociação coletiva, como meio alternativo de composição de conflitos laborais, o TST tem anulado dezenas de cláusulas de convenções e acordos coletivos, ao arrepio da Carta Magna, limitando substancialmente a autonomia negocial coletiva, num intervencionismo que praticamente torna irresponsáveis os sindicatos profissionais que firmam tais normas coletivas, a par de promover flagrante injustiça, ao não admitir a compensação das cláusulas dadas em contraposição aos direitos flexibilizados com supedâneo na Constituição;

d) o STF veio a julgar inconstitucional o art. 615-D da CLT, no que exigia a passagem pela comissão de conciliação prévia das demandas trabalhistas antes de ingressarem no Judiciário – exigência que poderia ser relevada justificadamente e que não poderia ser analisada em mais de 15 dias – acabou com esse mecanismo de substancial ajuda ao Judiciário, fazendo com que atualmente mais de 3 milhões de processos trabalhistas novos desemboquem diretamente na Justiça do Trabalho, inviabilizando uma resposta rápida e satisfatória (como Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho em 2013, pude verificar a situação desesperadora dos juízes do trabalho de 1º grau, com pautas sobrecarregadas de processos para instruir e sentenciar);

e) o ativismo judiciário reinante em todas as esferas do Judiciário brasileiro tem levado à proliferação de recursos, por usurpação de competência legislativa pelo Judiciário, como se verificam, a título de exemplo, nos casos de se querer acabar, por decisões judiciais e *contra legem*, com a terceirização (assegurada no setor de telecomunicações pelos arts. 25 da Lei nº 8.987/95 e 94, II, da Lei nº 9.472/97) e o cooperativismo de trabalho (garantido pela Lei 12.690/02, inclusive para licitações públicas, mas atacadas pelo Ministério Público do Trabalho).

Como se vê, a crise é estrutural, tem remédio, mas é preciso vontade política para tomá-lo. Racionalizar o sistema de julgamento nas instâncias extraordinárias e prestigiar os mecanismos alternativos de composição dos conflitos parecem ser os melhores caminhos para se restabelecer uma Justiça célere, barata e de qualidade. Mas para isso é preciso vencer preconceitos e substituir paradigmas exauridos.

Enquanto isso não acontecer, seremos administradores da falência e da derrota. Mas, como Churchill na 2ª Guerra Mundial, administrar uma retirada de Dunquerque que não deixa de ter o otimismo de esperar que dias melhores virão e que, um dia, poderemos ter o desembarque na Normandia, transformando a derrota de ontem na vitória de amanhã.

## Notas

<sup>1</sup> Chesterton, Gilbert Keith. **Ortodoxia**. São Paulo: Mundo Cristão, p. 110.

### Resumo

O artigo inicia denunciando a enorme desproporção do judiciário brasileiro: 16 mil juízes, em todos os níveis, para decidir 67 milhões de demandas. Após breve descrição da caótica situação do judiciário brasileiro, aponta a falta de racionalização da prestação judicial e termina apontando algumas sugestões que, implementadas, poderiam minimizar os problemas que descreve, especialmente na Justiça do Trabalho.

**Palavras-chave:** Duração razoável do processo; Justiça célere; Justiça tardia; Meios alternativos de resolução de conflitos.

### Abstract

The article begins by denouncing the great disproportion of the Brazilian judicial system: 16 thousand judges, at every levels, to rule on 67 million demands. After a brief description of the chaotic situation of the Brazilian judiciary, the text highlights the lack of rationale in the process of judicial assistance and concludes by raising suggestions that, if implemented, may minimize the described problems, especially in the realm of Labor justice.

**Key words:** reasonable process duration; swift justice; delayed justice; alternative means of conflict resolution.

**Carlos Aurélio Mota de Souza**

*Advogado e Professor. Livre docente pela UNESP. Mestre e Doutor pela USP. Pós-doutor pela Universidad Pontificia Comillas, Madri. Magistrado em São Paulo, aposentado.*

## ***O Resgate da Equidade no Direito e na Justiça***

### **Introdução**

Sucessivos debates doutrinários sobre a Equidade, realizados no último século<sup>1</sup>, e a adoção por vários ordenamentos jurídicos<sup>2</sup> de normas consideradas supralégais ou mesmo constitucionais<sup>3</sup> superaram os limites do Direito para alcançar a própria Teoria Geral, demonstrando renovado interesse pelo tema, por sua indiscutível importância para o Direito e a Justiça.

É inegável que os vários conceitos de Equidade, como termo ambíguo e equívoco que é, dificultam uma definição unitária. Uma análise linguística indica uma acepção técnico jurídica: adequação às exigências concretas da vida jurídica e como justiça ou direito natural<sup>4</sup>. Em acepção comum ou popular, equivale à expressão *direito justo*, segundo o sentimento de um povo em determinado tempo e lugar; ou subentende atuação ao arbítrio da autoridade<sup>5</sup>.

Para os Gregos, a *epiqueia* (*epiêikeia* ou *epiikia*) significava conveniência, indulgência, mitigação, forma superior de Justiça que pode se sobrepor ao direito escrito. Seu conceito clássico se deve a Aristóteles, que lhe atribuiu as dimensões interpretativa e criativa, presentes em todas as doutrinas jusfilosóficas.

Em sua *Ética a Nicômaco*, o equitativo é o justo natural, como correção ou superação da lei e integração no que tem de insuficiente. É o critério hermenêutico de aplicação do direito, segundo as circunstâncias do caso individual: mitigar os efeitos da abstração e da generalidade da lei.

Em na *Retórica*, a equidade valoriza o espírito da lei (*a mens legislatoris*), não a sua letra; é preferida pelo árbitro, que vê e dá ênfase à equidade. Como princípio criador do direito, é fonte jurídica onde a lei escrita contiver lacunas<sup>6</sup>.

Por princípio interpretativo, a equidade se apresenta sob forma de raciocínio dialético, com premissas verossímeis e conclusões prováveis. É o discurso tópico, entimemático ou zetético<sup>7</sup>, objeto da teoria da argumentação, que coloca a justiça como solução de problemas concretos<sup>8</sup>.

Na Grécia, os *topoi* de equidade apareciam na retórica forense como adequação social da decisão, e em Roma se inseriam na jurisprudência, desenvolvida minuciosamente desde os primórdios do Direito. Assim, entre os

romanos, a dimensão interpretativa da Equidade alcançou máxima aplicação com os Pretores, pelas ações *in bonum et aequum*, flexibilizando o *ius civile*; e com os jurisconsultos, construindo o conceito de *aequitas* pelo raciocínio jurídico, como na definição de CELSO, *ius est ars boni et aequi*, que expressa a antítese do antigo Direito formalista (*ius quirritium*) e as exigências concretas do Direito novo (*ius honorarium*).

Na Idade Média, é nítida a relação Jurisprudência e Retórica. A argumentação era fundamental e obrigatória na formação dos juristas, largamente cultivada pela Escolástica<sup>9</sup>. Nesse período, a Jurisprudência se orientou em função do caso particular, procurando contrastar os textos da lei com as situações reais.

Na Inglaterra medieval, contraposta à *Common Law*, formou-se a ideia da *Equity*, um sistema de julgamento segundo regras de consciência do Rei e depois dos Chanceleres. Representou um modelo das dimensões ética e criativa da equidade, em continuação à *aequitas* canônica, pois os Chanceleres eram eclesiásticos. Após a Reforma, a *Equity* deixou de criar, cristalizando-se nos precedentes, um conjunto especial de *topoi*.

## 1. A equidade na legislação brasileira

Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, não obstante a referência expressa à equidade em várias ordenações jurídicas (CC suíço de 1907, CC italiano, CC português, Título Preliminar do CC espanhol etc.); muito embora uma vasta literatura doutrinária tenha sido produzida em favor da outorga de maiores poderes de equidade aos juízes; não obstante os Tribunais venham operando diuturnamente na construção de um Direito renovado, pela aplicação concreta da equidade, implícita nas decisões inovadoras, o tema tem sido tratado pelos legisladores com indiferença, senão desconfiança, seja para com o instituto, seja para com o Judiciário.

No Brasil, apesar da herança cultural e jurídica romano-hispânica, afirmando e prestigiando o instituto da equidade (Constituições imperial e de 1934, CPC de 1939, de 1973 e leis esparsas), seu reconhecimento e adoção não têm ocorrido, exceto pela discreta e vanguardeira atuação dos Juízes e Tribunais.

A equidade é inafastável do mundo jurídico e, no ordenamento brasileiro, como vimos, esteve presente e ainda se encontra em inumeráveis disposições de direito substantivo e processual, de forma a ser reconhecida como instrumento jurídico indispensável ao intérprete, sempre que o direito estrito – *summum jus* – não se adaptar às circunstâncias do caso individual ou acarretar consequências

jurídicas indesejáveis, caracterizando a *summa injuria*, tão execrada pelos romanos e pelos juristas de todos os tempos.

A Carta Imperial de 1824 ordenou um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade (art. 179, N° XVIII); repetiu a Constituição de 1934 que, na omissão da lei, deveria o juiz “decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade” (art. 113, inciso 37); a Constituição atual apresenta normas que permitem sua aplicação, como na retroatividade da lei penal (art. 5º, inc. XL) e no mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>10</sup> substituiu o conceito de equidade por “fins sociais da lei” e “exigências do bem comum” (art. 5º); no Código Civil de 1916, a equidade vinha expressamente referida nos arts. 1040, IV, e 1456<sup>11</sup>.

Inspirado na Constituição de 1934, o legislador de 1939 editou norma processual de configuração aristotélica, dispondo: *Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador* (CPC, art. 114)<sup>12</sup>. Ele enunciava a antiga Lei de Luvas: *O juiz apreciará, para proferir a sentença, além das regras de direito, os princípios de equidade, tendo, sobretudo, em vista, as circunstâncias especiais de cada caso concreto, para o que poderá converter o julgamento em diligência, a fim de melhor se elucidar*<sup>13</sup>.

Pela Consolidação das Leis do Trabalho, *As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito...* (art. 8º). Igualmente no Código Tributário Nacional: *Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: IV – a equidade; § 2º. O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido* (art. 108).

No Código de Processo Civil de 1973, por força do que preceitua o art. 127, existia restrição ao emprego da equidade como regra geral: *O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei*<sup>14</sup>, e as exceções eram pontuais: na fixação de honorários advocatícios: art. 20, § 3º: *Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (...); § 4º: Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz (...).* E na jurisdição voluntária: *O juiz (...) não é (...) obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna* (art. 1.109).

No Direito Penal (arts. 61, 65 e 66)<sup>15</sup> e Processual Penal, a equidade também está presente, seja na valoração dos fatos e na quantificação das penas pelo juiz, à vista do princípio das agravantes e atenuantes, seja na revisão das penas<sup>16</sup>, ou na retroatividade benéfica<sup>17</sup>, no processo de execução<sup>18</sup>.

Vale lembrar o que a antiga Lei de Luvas ou da Locação Comercial dispunha: *o juiz apreciará, para proferir a sentença, além das regras de direito, os princípios de equidade, tendo, sobretudo, em vista, as circunstâncias especiais de cada caso concreto* (art. 16). Em igual sentido, o art. 38, par. único, da Lei nº 6.649/69: *Se houver mais de um pretendente [sublocatários], o juiz, ouvido o locador, decidirá por equidade, concedendo a locação a um dos interessados* (revogada pela Lei 8.245, de 18.10.91). Tratava-se de disposições clássicas no campo do direito, elaboradas em época de prestígio da equidade<sup>20</sup>, reafirmada pela doutrina e pela jurisprudência como regra de excelência na justa solução dos litígios processuais. Nesse processo, a equidade constituía a válvula do ordenamento jurídico, por onde penetram as circunstâncias do caso concreto, relativas às condições econômicas e financeiras e da situação dos litigantes; era a permissão ao juiz para uma visão consentânea à realidade econômica, aos interesses em confronto e sua repercussão na vida social, a fim de que a apuração de um valor não desestabilizasse o comércio, desestimulando o trabalho, nem, ao revés, prejudicasse os direitos patrimoniais, como função social<sup>21</sup>.

Por tais razões, o reconhecimento e a prática da equidade não residem tanto em reformas legislativas, porém dependem mais da cultura e aprimoramento jurídico dos nossos juízes, do exercício progressivo e seguro da prudência judicial, contrária ao arbítrio tão temido por levar quase sempre à equidade cerebrina, lembrando o histórico Juiz Magnaud, que deve ser repelida.

Compete aos juristas realçar os valores funcionais da equidade, utilizando a como moderno e sempre atual instrumento de renovação da ordem jurídica, afastando, a um tempo, os preceitos da dogmática positivista e a desconfiança do Legislador em relação ao arbítrio de equidade.

A função criativa da equidade, como fonte especial do Direito, ou força informadora do ordenamento, evidencia-se nos planos teológico, ético e político. Para a teologia, a equidade constituía projeção da ideia divina da justiça sobre o direito dos homens<sup>22</sup>, direito natural ou revelação profética<sup>23</sup>. Como princípio ético, pode ser considerada a principal fonte inspiradora do direito, fonte universal ou força ética que realiza e acompanha o direito em suas manifestações<sup>24</sup>. Como tal, impulsionou o ordenamento canônico, por influência da ética cristã.

Até mesmo no Direito soviético, a ética socialista exigiu julgamentos por equidade, segundo a consciência jurídica socialista, por meio de tribunais populares

(Decretos de 24.11.1917 e 30.11.1918), em que os juizes decidiam de acordo com uma consciência coletiva<sup>25</sup>.

Hodiernamente, coloca-se ênfase maior na dimensão social e política da equidade, evidente nas tendências de publicização do Direito, contrapostas às tendências privatísticas.

É a ética referida à moralidade social, da coletividade, da qual o jurista deve ser o intérprete, ou seja, torna-se como que uma instância política para o ordenamento moral da sociedade<sup>26</sup>; em Roma, a *aequitas* do *ius privatum* aparecia ao lado de uma *aequitas* preocupada com a formação do Estado, a *societas aequa*<sup>27</sup>; em Hobbes, a equidade seria a razão artificial do Estado<sup>28</sup>, e o Estado de Equidade a superação do Estado de Direito.

Parece-nos que a instância política da equidade manifesta-se hoje nas exigências de reconhecimento dos direitos públicos subjetivos. O Estado de Equidade pode vir a representar uma forma material do Estado de Direito, voltado à garantia dos direitos fundamentais do cidadão<sup>29</sup>, buscando a Justiça Social como fator de nivelamento, equilíbrio e correção das desigualdades.

## 2. Os diversos tipos de equidade

Já escrevemos<sup>30</sup> que a equidade representa, em sentido amplo, a humanização da Justiça, por meio da interpretação, aplicação e integração do Direito pelo juiz. E, segundo suas funções, podemos distinguir a equidade inspiradora, interpretativa, integradora e até mesmo normativa<sup>31</sup>. O sentido ou *virtude* da equidade está latente na mente de todos os legisladores e administradores que *fazem* ou *aplicam* a lei; mas essa virtude está igualmente presente (e até com maior agudeza) na mente dos julgadores. Ou seja, o que se passa na *mens legislatoris* e o leva a editar normas para a sociedade também se repete na *mens iudicis*. É a *equidade inspiradora*, imanente no homem. Ocorre que, entre o momento subjetivo inspirador da norma (pressões sociais, necessidades econômicas, convulsões políticas etc.), e aquele objetivo de sua aplicação, as circunstâncias político-econômico-sociais se transformaram, e a aplicação da norma deve ser feita mediante a função *interpretativa-corretiva da equidade*, entre a lei velha e o caso novo<sup>32</sup>.

Se o legislador editou regra que lhe parecia justa no primeiro momento, e vem ela a se revelar inadequada para resolver todos os conflitos humanos, mas deve necessariamente ser aplicada, funciona de início o mecanismo de invocação e proposta de aplicação da norma (denúncia criminal, por exemplo), mas a palavra final, o último juízo de valor é a do *iudex*, interpretando a lei e amoldando-a ao caso estudado, para evitar efeitos nocivos.

O juiz será a última *mens* a operar com a norma, no extremo de um processo que partiu de um fato (a necessidade de editar uma regra, em determinado momento histórico da sociedade), passou pela norma (edição ou positivação em lei da *fattispecie*) e chegou ao caso concreto de sua aplicação (o julgamento como valor, no sentido de escolha da solução adequada): é a *equidade interpretativa-harmonizadora*, que supera contradições entre as normas e o caso *sub iudice*.

Quando o legislador escolheu uma solução para fixá-la em uma regra, usa de um arbítrio prudente, sábio, experiente, traduzido singelamente por equidade, e que se funda em preceitos milenares, como o *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* ou o *fazer o bem e evitar o mal*. E o julgador, no extremo oposto, ao escolher e valorar essa norma (todo juízo é uma valoração), faz atuar o mesmo arbítrio, a mesma prudência (a dos *ius prudens* romanos), as máximas de experiência (o *quod plerumque accidit*), que também traduzem a equivalente equidade. Nos casos especiais de lacunas da lei, chamado o juiz a decidir segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, manifesta-se evidente a equidade, na sua *função integradora*; mais evidente, ainda, quando, deliberadamente, o Legislador manda julgar por equidade: é a *função normativa*, em que o juiz aplica uma regra que criaria se legislador fosse<sup>33</sup>.

Na decisão por equidade, portanto, deve o juiz usar de um prudente arbítrio, devendo distinguir a equidade com sentido de justiça no caso concreto, como exigência que leva a temperar a norma genérica da lei, e a equidade geral ou social, determinada por tendências e convicções, que se formam na consciência coletiva e podem levar à reprovação de uma norma geral<sup>34</sup>. Aliás, é justamente o equilíbrio da equidade que impõe limites ao arbítrio do juiz<sup>35</sup>, que se transmuda em arbitrariedade quando este pretende desconhecer totalmente a lei e “julgar” segundo seu pensamento próprio ou ideologia, no sentido de um “direito alternativo”.

### 3. Equidade e humanização da Justiça

A equidade é como uma força interior invisível. É um *intellectus* ou um espírito inteligente, criador e fecundo, o espírito que dá vida a toda norma e inspira toda atividade disciplinadora das relações humanas. É alento, estímulo vital, *vis* genética que impele à aplicação qualitativa da lei, tal como a regra moral que orienta os homens à melhor conduta em sociedade. Constitui virtude prudencial inerente ao legislador, administrador ou julgador, os quais, com o mesmo espírito de Justiça, descobrem, nos diferentes momentos de suas funções, a norma mais

justa a criar ou aplicar. Legislar, administrar ou interpretar com equidade é apenas uma tarefa de desvelar a Justiça natural que toda e qualquer lei deve conter.

A hermenêutica, consistindo em traduzir a lei geral para os casos particulares, não implica operação reducionista, pois não diminui o conteúdo da lei, antes alarga sua compreensão, por meio da correta e adequada interpretação, aplicando a cada situação individual toda a lei e a lei toda (questão da ambiguidade da lei)<sup>36</sup>. O intérprete pratica o milagre de fazer incidir toda a lei passada numa decisão presente e única; coisa que ao legislador já não é dado fazer: tentar incluir numa única lei todas as hipóteses futuras. O Legislador cria os pães e os peixes com material que os costumes, a doutrina e a jurisprudência lhe fornecem (passado), mas é o Juiz quem multiplica e distribui justiça de modo equitativo, dando a cada um o que é seu (prevendo ou provendo para o futuro).

A lei é justa quando genérica e universal: esse o seu limite, o justo legal. Mas a sentença é mais justa e perfeita quando particular, porque completa, atualiza a lei, complementando-a, seja porque põe a lei em ação, seja porque ajusta o passado ao devir.

Vemos que a lei, ontologicamente, como ser, pode se apresentar como expressão do passado, do presente ou do futuro: a lei passada (*epimetéica*) e a lei futura (*prometéica*) se sintetizam na lei presente, como um híbrido de ato e potência: ato na perfeição da potência da lei passada e de potência da lei futura. Portanto o tempo é instrumento de nossa participação na lei como ser. O ordenamento jurídico é, assim, qual farmacoepia de muitos medicamentos para diversos males; mas nem todos são necessários para se ter a dose certa (justa solução ou justa medida).

Na incidência da lei genérica ao caso individual, o juiz age como o médico, ao formular o remédio adequado a cada paciente. Não vê doenças (fatos típicos), mas doentes (casos concretos de pessoas humanas determinadas). A ciência nos oferece uma farmacologia de pacotes, cujos rótulos pretendem abranger terapêuticas para males complexos, similares aos sistemas do corpo humano. Também os rótulos jurídicos, que as leis e codificações nos oferecem, por sua generalidade não alcançam os casos individuais, necessitando que o juiz, como o médico, “dê o remédio” para uma decisão justa, que sirva para aquele caso, e não para qualquer outro. Como diz Allen, em significativa imagem, a lei é como o bisturi que na cirurgia pode “matar” algum doente, mas na generalidade se destina a salvar muitos outros e, por isso, a lei não pode ser criticada, se alguma injustiça se cometer em sua aplicação<sup>37</sup>. Eis por que, no momento de decidir, deve o juiz aplicar a lei de forma individualizada, personalizada ou equânime, como forma plena de dar a cada um o que é seu, humanizando, com isso, toda a justiça.

#### 4. Equidade e renovação do Direito

Entendemos a equidade, portanto, como forma de determinação e integração do Direito, talvez a mais humana, objetiva e direta, compreendida a integração em sentido amplo, como aperfeiçoamento evolutivo e constante da ordem jurídica. Sendo reflexo da sociedade humana, sempre em transformação e evolução, o Direito não pode tornar-se estático dentro das leis, que ao fim se parecerão com as peças raras dos museus, mas deve desenvolver-se “além do plano da lei” e até superar a mesma lei, se necessário<sup>38</sup>.

As leis, seja uma simples norma ou mesmo um código, são ou devem ser dinâmicas, possuem uma energia própria que se manifesta em sua determinação, seja entre particulares (o mero contrato), seja em juízo (as questões de direito mais complexas). Assim, quando se alcança a Justiça pelo simples exercício de uma atividade jurídica, diz-se que o Direito funcionou; mas quando as pessoas litigam por seus interesses (cfr. a célebre definição de lide por Carnelutti), e devem recorrer ao Juiz para que diga qual é o seu direito (*suum cuique tribuere*), então ocorre a aportação de elementos novos que se incorporam à sentença em maior ou menor grau, segundo a complexidade do tema, podendo influir no próprio Direito, mediante a Jurisprudência. Nesse constante devir do Direito, vislumbra-se três elementos vitais que formam uma trilogia: a *lei*, a *sentença* e a *jurisprudência* (L-S-J); se quisermos personalizar, o *legislador*, o *juiz* e o *tribunal*.

#### 5. A equidade no novo Código de Processo Civil

Enaltecida há séculos, entre os gregos e romanos, e da Idade Média aos Tempos Moderno e Contemporâneo, a Equidade tem sido a mais nobre expressão jurídica da Justiça humanizadora do Direito.

Aristóteles nos legou o conceito de *epiêikeia* como a Justiça mais bela e perfeita<sup>39</sup>; Cícero e os juriconsultos romanos a exaltaram como a *ars boni et aequi*, a *aequitas*<sup>40</sup>; os canonistas medievais a chamaram de *benignitas*, *magnanimitas*, *miseriçórdia*; São Tomás de Aquino a considerava a parte mais importante da justiça<sup>41</sup>; e, no direito inglês, a *Equity*. Nos séculos recentes, projetou-se nas legislações nacionais<sup>42</sup>; ingressou no Brasil pela Carta constitucional de 1824 (art. Art. 179, N° XVIII) e pela Constituição de 1934 (art. 113, inciso 37), que informou o CPC de 1939 (art. 114), com restrição no de 1973 (art. 127).

Pela edição do novo CPC de 2015, não houve omissão, confirmada que foi a norma do art. 127 do CPC/73; o Código adventício a reprimiu em seu art. 140, e

parágrafo único, e, por duas vezes, usa as expressões *equitativa*, sobre honorários advocatícios, e *equitativo*, sobre remuneração de peritos, como casos de arbítrio judicial e outros. As inovações introduzidas no atual CPC representam, nas mãos julgadoras, precioso instrumento de humanização do direito, em benefício sobretudo dos mais necessitados.

Ademais, a equidade continua atuante nas regras pertinentes aos Juizados Especiais (art. 6º), da CLT (art. 8º), do CTN (art. 108), na Lei da Arbitragem (art. 2º), a evidenciar que o instituto não desapareceu do ordenamento jurídico; aliada ao bom senso e prudência dos juízes, devem esses preceitos contribuir para uma efetiva humanização do processo, implícita no direito de acesso à justiça.

A bem de ver, a preservação da equidade permite invocar, *data venia*, a doutrina aristotélica, a Constituição Federal de 1934 e o CPC de 1939, ao modo do Código suíço, que autorizam o julgador, na ausência de provisão legislativa, a atuar *como se legislador fosse*.

Espera-se, portanto, que os juízes possam superar essa omissão, adotando na aplicação das normas legais os consagrados princípios dos *fins sociais da lei* e do *bem comum*, instituídos pela Lei de Introdução. Os magistrados se orientarão, ademais, pela jurisprudência, fundada em sólida doutrina, para sustentação de decisões novas, pois sendo conceito teleológico, supralegal ou metajurídico, a equidade pode prescindir de expressa autorização legal, quando exigida a cumprir as finalidades sociais da lei e promover o bem comum.

## Conclusão

Compulsando-se a jurisprudência dos Tribunais, inclusive os Superiores, na aplicação do princípio da Equidade, verificam-se decisões motivadas pela filosofia do direito, especialmente do direito natural clássico. São correntes as citações de Aristóteles, Cícero, São Tomás de Aquino e Suarez, da Escolástica espanhola, sem faltar apelos ao direito natural das gentes, de Grócio.

Por que esta análise retrospectiva? Um primeiro ponto está na sobrevivência do conceito de Equidade, acima do Direito positivado. Segundo, porque os juristas, especialmente os magistrados, últimos aplicadores do Direito, têm alcançado uma formação filosófica, tanto em pós-graduação em Filosofia do Direito, como mediante a florescente edição de obras de filosofia, no exterior e no Brasil. Terceiro ponto está nas fontes do Direito natural: a Equidade concebida segundo a natureza do homem, com vistas para a natureza das coisas, constitutivas dos fatos e circunstâncias que adentram os processos para apreciação e decisão dos *iuris prudentes*.

A missão do juiz está voltada a uma justiça humanizadora, desde o pleno acesso à justiça (para todos) à celeridade, economia, decisão justa e equitativa. Não há obra de filosofia do direito, das mais antigas às modernas, que não contenha alongados estudos sobre a equidade, como modo especial de aplicação do direito. Em boa hora os concursos à magistratura, e a outras carreiras jurídicas, estão exigindo ênfase e prioridade aos conhecimentos básicos de filosofia antiga e do direito.

O estudo da ciência do direito exige conhecer os direitos fundamentais, os princípios gerais do direito, os conceitos de função social da lei, bem comum etc., derivados das sólidas estruturas lógicas, jurídicas e filosóficas do direito natural; consolidadas pelos jurisconsultos romanos (Paulo, Modestino, Gaio, Papiniano, Ulpiano *et alii*) e doutrinadores como Cícero, Sêneca e as regras jurídicas codificadas por Justiniano (*Codex Iuris Civilis*, 1529-34), legaram-nos o Direito romano, adotado pelas universidades medievais, como Bolonha e Coimbra, chegando ao Brasil e introduzido em nossas Escolas de Direito, de São Paulo e Recife (1828)<sup>43</sup>.

Almeja-se que o estudo, compreensão e aplicação da equidade na Justiça equitativa não seja alijada das decisões dos Tribunais, quando caiba, pois, quanto mais experientes os *iuris prudentes* ascendam em suas instâncias, mais saberão utilizar esse instrumento processual, para melhor decidir das mais simples às mais complexas questões, na compreensão de que todo processo trata de conflitos humanos, em que frequentemente uma das partes se apresenta em desigualdade de armas.

Acrescentem-se todas as relações envolvendo obrigações ou questões de família e propriedade, de maior magnitude conflitual nos processos civil e penal. No contexto, afloram as questões humanas em seus aspectos morais, éticos e de valores, até mesmo religiosos, como as questões sobre a vida, o aborto, eutanásia, transplante de órgãos, além das discriminações por origem, cor, raça, idade, orientação sexual, ambas questões consideradas direitos fundamentais da pessoa pela Constituição Federal.

No tratamento jurídico, a apreciação processual envolve a dignidade da pessoa humana na pauta do juiz humanista, que aprecia, acata e aplica, em termos jurídicos, a expressão de seu cuidado com as pessoas envolvidas. O direito estrito, aplicado mecânica e friamente, afasta os valores, a ética, a compreensão profunda do ser humano que se apresenta a julgamento.

Bem por essas razões, os Juizados de Conciliação, Cíveis e Criminais estão destinados a atender à “litigiosidade reprimida”, *locus* que permite acesso à Justiça de inúmeras camadas sociais de baixa renda. Seriam os juízes desses Tribunais de Equidade mais prudentes e humanos que os da jurisdição comum? E os magistra-

dos de larga experiência, que ascenderam ao escalão dos Tribunais, teriam eles se afastado do direito mais equitativo para retroceder aos primórdios da carreira, em que, na dúvida, aplicávamos o direito positivo estrito?

A equidade é justiça segundo o espírito da lei, com timbre de magnanimidade, que vê primeiro o ser humano diante de si, clamando por Justiça, e depois vê a lei<sup>44</sup>. Fixemo-nos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: os princípios metajurídicos ou supralegais, fixados nos arts. 4º e 5º, aplicam-se a todo o ordenamento, são ferramentas sobre a mesa do juiz (não em suas gavetas), que devem acudir à sua mente na desenvoltura da motivação das questões de fato e de direito.

Juntamente com a analogia, os princípios gerais de direito (art. 4º), a função social das leis e o bem comum (art. 5º) a equidade aplica-se *necessariamente* na busca do argumento decisório, na *ratio decidendi*, para bem fundamentar suas decisões<sup>45</sup>, independentemente da existência de normas processuais explícitas.

## Notas

<sup>1</sup> Tubingen, 1963; Viena, 1963; California, 1972; Lecce, 1973; Barcelona, 1974 etc.

<sup>2</sup> SUIÇA. Código Civil Suíço, de 1907, art. 4º; Título Preliminar do Código Civil espanhol, de 1974, art. 3º, n.2; CC português, art. 4º; CPC italiano, art. 114 etc.

<sup>3</sup> PINTÓ RUYZ, José J. Sentido de la Equidad en el Título Preliminar del Código Civil. In: “Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil”. Barcelona, 1975, p. 188; CASALS COLLDECARRERA, Miguel. La Interpretación. In: “Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil”. Barcelona, 1975, p. 21.

<sup>4</sup> Stefano RODOTÀ. *Quale equità?* In: “L’equità” p. 52. Como se deu entre os Romanos (*summum jus, summa injuria; ars boni et aequi; aequum et boni*), ou contraposto ao direito estrito, em que justo é conforme ao Direito Positivo e equitativo denota exigências axiológicas do Direito Natural (o *secundum naturam iustum* de Sto. Isidoro de Sevilha, Etimologias, X, 7).

<sup>5</sup> V. g. a lendária ameaça de Calígula de governar os romanos unicamente pela equidade; ou na súplica dos cidadãos da Savoia a Francisco I para não serem julgados pela equidade; e na prece dos franceses a Deus para livrá-los da equidade dos Parlamentos (Tribunais de Justiça).

<sup>6</sup> D’AGOSTINO, Francesco. *Retórica I*, 1347 a, b; *Epieikeia. Il tema dell’equità nell’antichità greca*, Milão: Giuffrè, 1973, pp. 89 ss.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES. *Tópica I*, 1, 18. Cf. Theodor VIEHWEG. *Tópica e Jurisprudência*, Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 6; Tércio Sampaio FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo: Atlas, 1988, p. 45; Chaim PERELMAN. *La nouvele rhétorique. Traité de l’argumentation* (1958).

<sup>8</sup> Vittorio FROSINI. *L’equità nella teoria generale del diritto*. In: “L’equità”, p. 7.

<sup>9</sup> Theodor VIEHWEG, *op. cit.*, p. 32.

<sup>10</sup> Ementa atual da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei nº 4.657, de 4.9.1942, modificada pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010.

<sup>11</sup> Art. 1040: *O compromisso poderá também declarar: ... IV – a autorização dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito. Art. 1456. No aplicar a pena do art. 1454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, à agravação dos riscos.*

<sup>12</sup> Semelhante à norma do art. 1º do Código Suíço das Obrigações, considerada pelos juristas como das mais perfeitas quanto ao poder de apreciação do intérprete: *Na falta de uma disposição legal aplicável, o juiz decide segundo o direito costumeiro; e na falta de um costume, segundo as regras que ele estabeleceria se tivesse de agir como legislador. Ele se inspira nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência.* Ao conferir à equidade a condição de regra ou princípio, que não é, e ser, assim, uma definição equívoca, foi afastada pelo Código de 1973, em seu art. 127.

<sup>13</sup> Art. 16 do Decreto Nº 24.150, de 20.4.34, norma processual de amplo alcance e vigorante até a edição da Lei 8.245, de 18.10.91. Também aqui se inspirou o Legislador pátrio no Código Suíço (art. 4º), do qual reproduziu, quase *ipsis verbis*, suas disposições: *O juiz aplica as regras do direito e da equidade, quando a lei reserva seu poder de apreciação ou lhe encarrega de proceder tendo em conta quer as circunstâncias, quer os motivos justos.*

<sup>14</sup> A regra do art. 127 do CPC, de 1973, constitui um *in dubio*, pois dá a entender que o legislador não sabia o que é a equidade, e nem mesmo a definiu.

<sup>15</sup> Art. 66: *A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.*

<sup>16</sup> Art. 626, par. único, pela inadmissibilidade da *reformatio in pejus*.

<sup>17</sup> Vinicius de Toledo Piza PELUSO. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*, p. 106.

<sup>18</sup> Constituição Federal, art. 5º, inc. XL: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.* Cf. art. 2º, par. único, do Código Penal. *Realmente não há como negar que o juiz da execução é chamado frequentemente a exercer, em sua plenitude e em sua pureza, a função jurisdicional: e nem assim poderia deixar de ser, porquanto a sentença condenatória penal contém implícita a cláusula rebus sic stantibus, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas.* Ada Pellegrini GRINOVER. *Execução penal*, São Paulo, Max Limonad, 1987, p. 9.

<sup>19</sup> Decreto 24.150, de 20.4.34, revogado pela lei 8.245, de 18.10.91, alterada pela Lei 12.112, de 9.12.09.

<sup>20</sup> A Constituição Federal de 1934 erigira a equidade em princípio geral ao declarar: *Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade* (art. 113, Nº 37). Logo após, o Código de Processo Civil de 1939 prescreveu que *quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador* (art. 114). O Código Civil Suíço tem dispositivo em tudo semelhante ao art. 16 em estudo, o que leva a crer que o Legislador pátrio se inspirou na disposição helvética, considerada como a mais avançada renovação do ordenamento jurídico.

<sup>21</sup> Notável acórdão do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, contrapondo a função social e econômica da propriedade à liberdade contratual, considerando o Decreto 24.150 vera “lei de equidade”: *A Lei de Luvas é uma lei de equidade, que se exerce nos dois sentidos. Assegura ao locatário a estabilidade*

e ao locador a rentabilidade. Considerações de natureza social e econômica afastam, sob pena de nulidade, o princípio da liberdade de contratar e a regra 'pacta sunt servanda', sempre que a justiça do aluguel ou a estabilidade do fundo de comércio sejam ameaçadas. (ERE Nº.79.770 RJ, j.25.5.77, Min. Xavier de Albuquerque).

<sup>22</sup> Cf. Salvatore ROMANO, Verbete Principio de Equità, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 84, n.12.

<sup>23</sup> Hassan HAFCHAR, Equity in Mussulman Law. In: *Equity in the World's Legal Systems*, p. 111.

<sup>24</sup> Giuseppe MAGGIORE. L'equità e il suo valore nel Diritto. *R.I.F.D.*, 1923, p. 256.

<sup>25</sup> K. GRZYBOWSKI. Soviet socialism and the function of Equity. In: *Equity in the World's Legal Systems*, p. 485.

<sup>26</sup> Vittorio FROSINI. *L'equità nella teoria generale del diritto*. p. 13.

<sup>27</sup> G. BROGGINI. Repliche dei relatori. In: *L'equità*, p. 245.

<sup>28</sup> Thomás HOBBS. *Leviatã, Introdução*. Edit. Nova Cultural, 1988.

<sup>29</sup> Direitos individuais ou de primeira geração, direitos sociais ou de segunda geração, e direitos coletivos, de terceira geração. Celso LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 21.

<sup>30</sup> Cf. nosso *Poderes éticos do juiz*, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Ed., 1987, pp. 94ss.

<sup>31</sup> Cf. Carlos Maria ENTRENA KLETT, *La Equidad y el Arte de Juzgar*. Pamplona: Edit. Aranzadi, 1979, pp. 16ss.

<sup>32</sup> Cf. Vicente SABINO JR. *A equidade no processo civil*, RJTJSP, v. 46: 17.

<sup>33</sup> Cf. Piero CALAMANDREI. *Estudios sobre el proceso civil*, p. 72.

<sup>34</sup> Cf. Alessandro RASELLI. *Il potere discrezionale del giudice civile*, p. 208.

<sup>35</sup> Cf. Enrico Tulio LIEBMAN. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, p. 140. Vicente RÁO. *O direito e a vida dos direitos*, p. 55-56.

<sup>36</sup> Cf. nosso *Segurança jurídica e jurisprudência*, São Paulo: LTr, 1996, p. 213.

<sup>37</sup> Carleton Kemp ALLEN. *Law in the making*, Oxford: Clarendon Press, 1978, 7. ed., p. 386.

<sup>38</sup> Karl LARENZ. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Edit. Ariel, 1980, p. 422.

<sup>39</sup> *Ética nicomaqueia*, Livro V, sobre a Justiça, Cap.10, Da Equidade: *nem a estrela vespertina nem a matutina é tão maravilhosa*.

<sup>40</sup> Celso: *Jus est ars boni et aequi*. O direito é a arte do bem e do justo.

<sup>41</sup> *Suma Teológica*, II-II, 120. *A epiquéia é parte subjetiva da justiça, regra superior dos atos humanos*.

<sup>42</sup> Adotada no Código Civil Suiço desde 1908.

<sup>43</sup> V. a excelente obra de Alexandre Corrêa, catedrático de Direito Romano na Faculdade do Largo de São Francisco, em que se leem as *Instituta* de Gaio, lições preliminares aos estudantes de Direito.

<sup>44</sup> Antonio HERNANDEZ-GIL, em memorável imagem, afirma que o juiz deve ter “*una mirada hacia arriba*”, que o leva a considerar o transcendentalismo da Justiça; e uma “*mirada hacia abajo*”, para que desça à consideração das condições sociais subjacentes; significa que deve ver a lei rígida acima de todos, e à sua frente o indivíduo singular que reclama solução particular para seu caso. *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*. Madrid, Real Academia de Jurisprudência, 1981, N° 4, p. 26.

<sup>45</sup> Até mesmo por força constitucional do art. 93, inc. IX, que exige a “fundamentação” das decisões judiciais, distintamente do disposto no inc. II do art. 458 do CPC73, que alude a “motivação”; em boa hora o Novo CPC tratou a fundamentação como razão de decidir. Cf. nosso Fundamentação das decisões judiciais como dever de Justiça. In: *Direitos Humanos, Ética e Justiça*. S. Paulo, Letras Jurídicas, 2012, p. 411ss.

### Resumo

Tema filosófico e jurídico sobre a Justiça, apreciado desde Aristóteles, Cícero, Tomás de Aquino e tantos juristas, a Equidade se apresenta com frequência nas decisões dos tribunais, para a determinação do justo mais perfeito e mais humano. No último século, debates acadêmicos enfatizaram sua adoção pelas legislações nacionais, na busca de superar os limites do Direito estrito e demonstrar sua indiscutível importância para o Direito e a Justiça. É relevante apreciar a importância desse princípio suprallegal no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Equidade; Justiça; Humanização do direito; Aplicação das leis; Direito justo.

### Abstract

A philosophic and juridical issue related to Justice, and one appreciated since the times of Aristoteles, Cicero and Thomas of Aquino and several others, equity is often praised and evoked in de rulings of courts in determining the most perfect and most human sense of fairness. Over the last century, academic debates emphasized its adoption by national legislation in the intent to overcome the limits of strict Law and to demonstrate its undisputable relevance for Law and justice. The adequate assessment of the importance of such suprallegal principle in the Brazilian juridical order is of utmost relevance.

**Key words:** equity; justice; humanization of law; application of laws; fair Law.

**Ranulfo José Prado**

*Professor de Direito Constitucional. Mestre e Doutorando pela Faculdade de Direito de Coimbra.*

## ***Privatização (gestão privada) ou cogestão do sistema penitenciário?***

### **Introdução**

Sendo a crise do sistema penitenciário experimentada por vários países, a sua privatização é, hoje, assunto debatido divergentemente em razão do seu explícito conteúdo de natureza ideológica.

O tema surge no bojo de um contexto bem mais amplo e que se refere, na primeira década do século XXI, à mutação do modelo de Estado Social, ainda inatingido por muitas nações, para um Estado mínimo, no qual até mesmo atividades conceitualmente tidas como típicas do Poder Público seguem uma tendência liberalizante, apressada ainda mais em face da falência do modo socialista de regular as relações humanas.

Mesmo sabendo que até os mais conceituados defensores clássicos da iniciativa privada, como Adam Smith<sup>1</sup>, jamais ousaram duvidar do monopólio estatal sobre a segurança pública, a distribuição da justiça e a defesa nacional, percebemos que a discussão que encerra a proposta de privatização das penitenciárias é pontual diante das tendências atuais que buscam estabelecer uma nova forma de vivência entre o Estado e o particular, sem perder de vista a sua destinação coletiva. Essa tentativa, sem dúvida, pretende conformar o Estado dentro de um novo conceito que estabelece novos parâmetros para a sua atuação e fins colimados. É um Estado ideologicamente redesenhado pelo ávido e precipitado pincel neoliberal.

Nesses tempos em que discutimos o fim do Estado Social (*Welfare State*)<sup>2</sup>, liberalizar surge como num toque de mágica, como tábua de salvação para todas as mazelas sociais historicamente debitadas aos Estados.

Pois bem, o estabelecimento de uma nova ordem não pode significar a negação de direitos fundamentais, já que são conquistas da própria humanidade historicamente reconhecidas pela ordem positiva. Ao contrário, devem obedecer a um processo complementar de alargamento do rol de tais normas, no qual a dimensão subsequente reforça e confirma o antecedente. Afirmando-se o rol dos direitos fundamentais, afirma-se a própria humanidade.

Com as primeiras constituições escritas, instituídas na esteira do ideário liberal-burguês, vieram o reconhecimento dos direitos do indivíduo ante o Estado, os direitos de defesa, que delimitaram uma área da não penetração da autoridade. São também, e por isso mesmo, vistos como direitos de teor negativo por exigirem

do Estado uma postura absenteísta. Esses, os assim chamados direitos fundamentais da primeira dimensão, de nítida inspiração jusnaturalista, são os direitos à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei e à propriedade. Como condição *sine qua non* para a realização desses e dos futuros direitos, obriga-se o Estado a prestar a segurança pública. Mais adiante, são esses direitos acrescidos pelas liberdades de dimensão coletiva (liberdades de imprensa, de expressão, manifestação, associação, reunião etc.), bem como pelos direitos de participação política (direito de voto e capacidade eleitoral passiva).

O sistema liberal-burguês, dinamizando o processo de industrialização, aguçou a necessidade de divisão do trabalho ao mesmo tempo em que aprofundou a crise socioeconômica, mostrando-se incapaz de transpor os limites formais da igualdade e da liberdade, o que conferiria à sociedade a possibilidade de efetivo desfrute. Esse estado de coisas, aliado às divisões ideológicas dos parlamentos e às ideias socialistas emergentes, propiciou o surgimento de inúmeros movimentos reivindicatórios que clamavam uma postura intervencionista do Estado com o objetivo de realização da justiça social. Progressivamente, foram reconhecidos nos textos constitucionais os direitos fundamentais da segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), os quais, ao contrário dos direitos fundamentais da primeira dimensão, pressupunham uma postura positiva do Estado à medida que dependiam da sua intervenção para a promoção do bem-estar social. Esses direitos se caracterizam por conferirem aos indivíduos direitos a prestações sociais, cujo devedor tanto pode ser o Estado quanto o particular.

Os direitos de solidariedade e fraternidade (direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação) integram os denominados direitos fundamentais da terceira dimensão. A princípio, distinguem-se dos demais por não ter o homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, ou do gênero humano, sendo, assim, coletiva ou difusa a sua titularidade.

Por fim, os direitos fundamentais da quarta dimensão (direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo), se já não reconhecidos pelos direitos internacional e constitucional, caminham para o reconhecimento.

Segundo Hely Lopes Meirelles,

*Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. É o que ocorre nas desapropriações, nas*

*interdições de atividade, nas ordens estatutárias. Tais atos podem ser gerais ou individuais, internos ou externos, mas sempre unilaterais, expressando a vontade onipotente do Estado e seu poder de coerção. São, normalmente, atos revogáveis e modificáveis a critério da Administração que os expediu. (MEIRELLES, 1994, p. 148)*

Portanto, este conteúdo introdutório, que traça um rápido paralelo entre o redimensionamento dos fins do Estado e a evolução dos direitos fundamentais, apenas nos autoriza a formular a questão: privatizar o sistema penitenciário, inclusive os atos de império necessários à execução penal não seria negar a própria razão de ser do Estado? A indagação requer outras considerações sob os prismas filosófico, histórico, jurídico, político, dentre outros. A seguir.

## **Capítulo 1**

### **1.1 A execução penal atual**

É pela execução, em última análise, que vive a lei penal. Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa. Ela se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Visa-se, pela execução, fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, assim considerada aquela que não acolhe a pretensão punitiva, mas reconhece a prática da infração penal e impõe ao réu medida de segurança.

No entanto, os desvios que permeiam a execução penal se refletem em toda a estrutura do sistema penitenciário e, por consequência, na segurança pública em sentido amplo. Afetam os direitos e garantias do preso e de toda a sociedade.

A pena maior recai sobre a classe ordeira que financia, com o pagamento de impostos, a estruturação de um sistema que idealiza, busca e não atinge, mercê do descaso daqueles que são escolhidos para administrar os estabelecimentos prisionais, o efetivo cumprimento da sentença por parte daquele que cometeu algum delito.

A parcela ordeira da população é vítima do medo, do crime e também da inércia/ineficiência de seus representantes juntos a poderes instituídos. O que existe é um verdadeiro abismo entre o idealismo normativo e a realidade assombrosa encontrada nas prisões.

Ora, vivemos um momento particularmente complexo e dinâmico em que a aplicação da pena não está mais ligada ao simples caráter retributivo. A pena, hoje, se traduz, também, na assistência ao preso e ao internado e tem por objetivos prevenir novos crimes e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Até aqui, resta evidente que tais objetivos ficaram apenas na frieza do papel, que tudo aceita.

A Lei não cumpre seu destino. Não se presta à sua finalidade. É inócua. Uma simples “carta de intenções” esquecida, abandonada.

Para que exista um sistema penitenciário, devem ser observados se há, verdadeiramente, sistemas de assistência material, de saúde, jurídica e educacional. Se na prática são inexistentes, estamos diante de um excelente idealismo normativo e empolgante. Porém a realidade que vivenciamos envergonha.

Então, com a falência do sistema prisional atual, há solução iminente para o caos que ora se apresenta? Vejamos: a solução pode ser encontrada no Direito Administrativo.

## Capítulo 2

### 2.1 Parcerias da Administração

A transformação dos sistemas sociais experimentada no século XX, que provocou um elevado aumento da despesa pública e, conseqüentemente, trouxe um nível insuportável de endividamento público, acabou por provocar uma má qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Diante de tal fato, o Estado passou a repensar seu papel na economia, bem como numa melhor maneira de cumprir bem seu papel quanto à forma de satisfação das necessidades coletivas. Com isso, o setor público, em diversos países, premido pela necessidade de viabilizar investimentos em contexto de restrição fiscal, encontrou na colaboração público-privada o mecanismo eficiente na provisão de serviços públicos.

O termo PPP, encontrado na literatura internacional, bem como a expressão “Parcerias da Administração”, são conceitos amplos e englobam institutos como privatização, permissão, concessões em geral, franquia, terceirização, convênios, termos de parceria, contratos de gestão e outros. O conceito ainda engloba concessões em geral (que requer ou não aporte de recursos públicos), sociedades de economia mista, *joint ventures*, franquias, terceirização e até mesmo privatizações. Para os britânicos, por exemplo, o conceito de *Public Private Partnership* é bem

amplo, e a *Private Finance Initiative* – PFI (Iniciativa de financiamento pelo setor privado), mais restrita.

O instituto da *joint venture* é resultado da criatividade empresarial. Trata-se de ação de empreendedor, pela qual se objetiva a concentração de esforços combinados com a redução de risco empresarial. O traço da atividade é a cooperação empresária, como ocorre nos casos mais comuns, por exemplo, em que o detentor de tecnologia especial, desejoso de explorá-la em determinado local, mas inibido pelo desconhecimento de peculiaridades do mercado alvo e pela necessidade de investir, às vezes pesadamente, em estrutura física, industrial ou de comercialização, alia-se à empresa ali estabelecida para aproveitar-lhe as habilidades e conhecimentos bem como própria organização já consolidada. Haverá substancial economia de custos e diminuição de riscos com incremento de capacidade operacional, de lado a lado. O instituto, oriundo do direito americano, tem sido definido como a *partner ship for a single business*, conceito que se amplia como

“uma modalidade de *partner ship* temporária, organizada para a execução de um único e isolado empreendimento lucrativo, usualmente, embora não necessariamente, de curta duração. Trata-se de uma associação de pessoas que combinam seus bens, dinheiro, esforços, habilidades e conhecimentos com o propósito de executar uma única operação negocial lucrativa”. (SMITH, Len Yong, *apud* CARVALHOSA, 1.998, p. 344 e 360).

Para o Doutor Pedro Siza Vieira, *apud* Gonçalves (2010), a expressão Parcerias Público-Privadas (PPP)

tem conhecido uma utilização crescente a partir de finais do século passado. Inicialmente jargão técnico, associado ao desenvolvimento de empreendimentos e tarefas públicas por entidades privadas segundo moldes que escapavam aos clássicos contratos públicos, a expressão entrou recentemente, com uma intensidade notável, nas discussões de decisores públicos e agentes económicos privados, na linguagem dos órgãos de comunicação e mesmo no vocabulário comum. A banalização da expressão determinou, como é natural, que esta viesse a ser empregada para abranger um leque cada vez mais alargado de fenómenos e contratos, com a concomitante perda de precisão. A verdade, porém, é que a imprecisão com que a expressão é utilizada corresponde à fluidez das figuras que ela visa a designar, a um ponto tal que, hoje em dia, é difícil encontrar textos que coincidam numa definição de conceito.

Mais adiante, arremata: Por outro lado, o Código (“CCP – Decreto-Lei n.º 18/2008”) não estabelece uma definição de PPP, antes parecendo acolher um conceito que venha a ser definido noutra diploma. (GONÇALVES, 2010, p. 481-482).

Nessas parcerias, o Estado, além de buscar a melhoria dos serviços públicos, transfere aos particulares a chamada “competência de gestão” e com eles estabelece relacionamentos duradouros, para os quais são transferidos ou compartilhados os riscos tecnológicos e operacionais, que pela economia de mercado se encontram mais familiarizados e para cujo manuseamento se encontram mais habilitados. No entanto, como essas inovações quase sempre passam por um relacionamento de longo prazo, envolvendo a repartição de encargos e riscos entre as partes, podem afetar e condicionar imperativamente a totalidade ou parte dos orçamentos futuros.

O Estado, para que isso não ocorra, deve ter sempre como objetivos melhorar os procedimentos de contratação e padronizar os instrumentos de regulação jurídica das parcerias em termos de racionalização, previsibilidade e legitimação da realização de despesa pública por meio dos princípios gerais de eficiência e economia relativos à repartição de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado.

Apesar da argumentação contrária, descrita acima, encontramos no Código dos Contratos Públicos português a definição para parceria público-privada:

o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado<sup>3</sup>.

Como sugerido pelo Doutor Pedro Siza Vieira, apud GONÇALVES (1999, p. 482), a doutrina, procurando definir a “lacuna” para a conceituação do tema, define:

Na sua formulação genérica, o conceito de parceria público-privada remete imediatamente para modelos ou sistemas de *associação*, de *colaboração* e de *cooperação* entre organizações e entidades do sector privado (*parceiros privados*) e organismos do sector público (*parceiros públicos*). Neste sentido, amplo, a PPP apresenta-se como um “umbrellaterm”, aludindo a um significativo espectro de esquemas sinérgicos, de *acção concertada* e de *trabalho conjunto* de organismos públicos e entidades privadas; em geral,

este trabalho conjunto visa enquadrar e obter a *colaboração* de entidades privadas com o sector público e a mobilização dos seus variados recursos e potenciais (*expertise*, financiamento, capacidades de gestão e tecnológicas, etc.) nos domínios da implantação e gestão de infra-estruturas (sic) públicas e, em geral, da execução eficiente de tarefas e missões de responsabilidade pública. A *contribuição privada* é susceptível de se traduzir em proporcionar ao sector público serviços nas áreas de projecto, desenho e planeamento, de financiamento, de manutenção e construção de infra-estruturas (sic), bem como de gestão, operação, prestação de serviços ao público.

Superadas, então, as discussões ideológicas, com a ampla aplicação da PPP em quase todas as áreas de intervenção do Estado, a discussão agora tem se centrado somente nas questões envolvendo as capacidades econômicas e técnicas, bem como na sua eficácia na melhoria dos serviços públicos prestados.

### Capítulo 3

#### 3.1 Serviços Públicos

Os serviços públicos adquiriram grande dimensão no Direito Administrativo pela famosa “Escola do Serviço Público” ou “Escola de Bordeaux”, liderada por Léon Duguit, Gastón Jéze e Maurice Hauriou, notáveis publicistas franceses que atuaram no início do século XX.

Para Duguit, a noção de serviço público abrangeria todas as funções do Estado, substituindo a própria noção de soberania: “serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental”.

Para essa escola, o que caracterizava o Direito Administrativo, o “Direito do Estado”, não era o Poder de Império da administração, mas a atividade prestacional do Estado: todas as atividades da Administração Pública devem ser consideradas *serviços públicos*, seguindo a lição de Gastón Jéze.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 80), por sua vez, considera serviço público como:

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público.

Em mais uma definição, Laubadère (1947, p. 21) denomina de serviço público “toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfazer um objetivo de interesse geral”.

No entanto, como a Escola do Serviço Público foi criada no fim do Estado Liberal, as atividades prestacionais do Estado cresceram dramaticamente em razão do novo modelo econômico (*Welfare State*).

Apesar de sua popularização haver se dado com a criação do Estado Social, o Doutor Pedro GONÇALVES (1999, p. 45) afirma que a concessão dos serviços públicos remonta à antiguidade:

Já na Grécia antiga as administrações das cidades confiavam tarefas públicas a certos cidadãos, que recebiam do público uma retribuição pelos serviços prestados e que pagavam uma renda às autoridades administrativas.

Dessa maneira, passou-se a recorrer aos particulares para a prestação de diversos serviços públicos, valendo-se de institutos como a concessão. Era, em pouco tempo, a crise da Escola do Serviço Público.

A crise do serviço público foi assim transcrita pelo Doutor Pedro GONÇALVES (1999, p. 27):

Em termos muito gerais, pode dizer-se que, ao longo da sua vida, iniciada em 1873, com uma decisão do Tribunal de Conflitos francês (decisão Blanco), o serviço público sofreu duas crises graves: a primeira limitada ao Direito Francês, verificada quando o serviço público deixou de ser o critério do direito administrativo por a administração ter começado a usar instrumentos de direito privado na gestão de actividades públicas: quebrava-se a conexão serviço público-regime de direito público e, com isso, um dos interesses essenciais que o conceito pretendia servir.

Também faz menção a outra crise na noção dos serviços públicos, mais moderna, resultado das privatizações iniciadas a partir da metade do século XX:

A segunda, que de certo modo estamos ainda a viver, é uma crise institucional ou material que afecta todos os sistemas administrativos em que o conceito de serviço público se aplica (pelo menos também) às actividades administrativas, económicas e empresariais ligadas à administração de prestações, pelo menos nos sectores das telecomunicações, da energia e

dos transportes. Nesses setores, o serviço público foi ou está sendo pura e simplesmente banido e substituído por conceitos mais ou menos próximos (serviço universal, actividades privadas com obrigações de serviços públicos, actividades privadas de interesse público).

Essa crise, na verdade, se verificou pelo resultado de dificuldades de acomodação da construção francesa tradicional a novas realidades socioeconômicas, políticas ou tecnológicas ou por conta do declínio da noção tradicional de serviço público, que não mais estava em consonância com a realidade em razão da mudança de condições sociais traduzidas em vários procedimentos do Estado pós-liberal.

### **3.2 Características**

As características do serviço público resultam da própria formulação conceitual. Trata-se dos traços que conferem a fisionomia jurídica do instituto e guardam pertinência com quem presta o serviço; com o fim a que se destina o serviço; e com o regime jurídico sob a égide do qual ele é executado.

Assim, os serviços são criados e regulamentados pelo Poder Público, a quem também incumbe a fiscalização e visam sempre ao interesse coletivo (seja ele essencial ou uma actividade secundária).

Sendo um serviço de interesse coletivo, o regime a que são submetidos deverá ser sempre o de Direito Público?

Na verdade, não se pode admitir que a disciplina seja integralmente de Direito Público, pois, como é sabido, alguns particulares prestam serviços em colaboração com o poder público. Embora nessas hipóteses incidam regras de direito privado, nunca incidirão elas integralmente, sendo necessário que normas de direito público disciplinem a prestação do serviço.

A Administração tem prerrogativas públicas na gestão dos contratos públicos. Ainda na lição de GONÇALVES (2010, p. 23):

... a exorbitância de certos poderes da Administração contraente se mostra coerente com a natureza administrativa da tarefa de gestão de contratos públicos. Com efeito, em muitos sistemas jurídicos, para a tarefa de gestão de contratos públicos (por vezes apenas de uma parte deles), a lei entrega ao contraente público um conjunto, mais ou menos extenso, de poderes ou prerrogativas de autoridade: assim se sucede no direito português, quanto

aos contratos administrativos, no âmbito dos designados poderes de conformação com a relação contratual (artigo 302º do CCP). Em geral, a atribuição desses poderes ao contraente público, constituindo uma marca distintiva do regime substantivo dos contratos administrativos, representa uma resposta da lei a uma exigência de tutela de dois recortes ou dimensões do interesse público: por um lado, o interesse da actualização do contrato, que se consubstancia num regime que assegure a permanente adequação do contrato que vincula um Poder Público às exigências de cada momento; por outro lado, o interesse em assegurar o cumprimento do contrato, o qual reclama uma disciplina que garanta a possibilidade de uma reacção oportuna e eficaz do contraente público em face do eventual incumprimento, ou ameaça de incumprimento, do contraente privado.

Então, a administração pública, usando de sua supremacia, poderá compartilhar, regulamentar e fiscalizar a efetiva prestação de alguns serviços penitenciários pelo particular.

Essa nova atribuição (Poder Regulador) poderá repartir, ou até mesmo transmitir ao particular, todos os encargos financeiros e riscos do negócio mediante compromissos recíprocos por longo prazo.

Na verdade, o contrato celebrado – sobretudo na configuração que aqui se considera (contrato relacional) – representa bem mais do que a mera formalização jurídica de uma troca ou de um mero contacto entre quem realiza uma prestação e quem paga: está na origem de uma relação duradoura; por outro lado, também, no ensinamento do sempre citado Pedro GONÇALVES (2010, p. 25), se deve acentuar que nele se baseia uma “colaboração recíproca entre as partes” e que, sem prejuízo do poder de exigir o cumprimento do contrato, o contraente público surge também como destinatário de um *dever de cooperar com o empreiteiro na execução da obra*: “*duty to cooperate with the contractor in the performance of the work*”.

## Capítulo 4

### 4.1 Novas atribuições do Estado

#### 4.1.1 O Estado Subsidiário

O princípio da subsidiariedade assume importância fundamental na definição do papel do Estado. Esse princípio, segundo DI PIETRO (2005, p. 34),

foi inserido no Tratado da União Europeia como forma de preservar a soberania dos países-membros. Ao mesmo tempo em que se afirmava a natureza federativa da União, preservava-se a autonomia dos Estados-membros pela aplicação do princípio. Com isso, ampliavam-se as atribuições da União Europeia, mas, ao mesmo tempo, o exercício dessas atribuições ficava restrito às hipóteses de insuficiência dos Estados-membros em desenvolvê-las. De acordo com o tratado (art. 3º B):

a comunidade age nos limites das competências que lhe são conferidas e dos fins que lhe são assinalados pelo presente. Nas matérias que não são de exclusiva competência, intervém, conforme o princípio da subsidiariedade, somente se e na medida em que os objetivos das ações previstas não podem ser suficientemente realizadas pelos Estados-membros.

O respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal, e a abstenção do Estado em exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos, dá à administração pública o papel de fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada. Dessa forma, permite-se aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos.

A ideia de diminuir o tamanho do Estado, pelo instrumento fundamental das parcerias público-privadas, é consequência direta da subsidiariedade, movida por fatores de ordem financeira, jurídica e política.

Financeira, pelo intuito de diminuir os gastos com a máquina administrativa e empresas estatais deficitárias, de cujos riscos o Estado participa; jurídica, pela necessidade de desencadear a gestão privada dos serviços públicos, sem os controles excessivos e formalismos próprios da administração, que emperram a atividade das empresas estatais; política, pela presença da inspiração neoliberal, que aconselha a substituição do Estado pela iniciativa privada, por ser ela mais apta a gerir atividades comerciais e industriais.

Não defendemos, aqui, a privatização de todas as atividades do Estado. Aquelas que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia) devem ficar ao seu cargo. Devem, por outro lado, ser regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência), e econômicas (industriais, comerciais, financeiras), que o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente.

#### 4.1.2 O Estado regulador

Hans Kelsen, em sua admirável coerência científica, ensina que o Estado é uma corporação que se distingue de outras pessoas jurídicas pela ordem normativa que o constitui, uma ordem jurídica de amplitude nacional.

De fato, desde tal concepção, passando pelo Estado como ordem institucional, pelo modelo econômico do Estado Liberal e, por fim, pelo modelo econômico do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), ainda chamado de Estado Social, que se encontra em crescente desprestígio devido ao sufocante custo econômico de sua manutenção, havia a necessidade de uma concepção institucionalista para calibrar a intensidade e extensão da função governamental, o Estado Regulador.

Segundo CLÈVE (2000, p. 34), as atribuições do Estado Liberal buscavam “manter a ordem interna e conduzir a política exterior, ou seja, o fim do Estado nesse caso parece ser unicamente o de promover e manter a segurança necessária para que todos os indivíduos possam livremente desenvolver suas potencialidades.

A política econômica promovida pelo Estado Social se qualificou por um intenso processo de nacionalização dos meios de produção com a assunção de postura empresarial pelo Estado; pelo inchaço da máquina estatal e aumento do quadro de funcionários; pela deterioração das finanças públicas causada pelo endividamento galopante, emissão de moeda e custeio do sistema previdenciário.

Nessa nova atribuição, houve o reconhecimento da desproporção entre a amplitude limitada dos benefícios sociais pela política distributiva do Estado Social e o sacrifício (tendente ao esgotamento em longo prazo) da capacidade econômica da sociedade civil, de quem provém os recursos estatais.

Assim, o Estado Regulador é aquele em que a autoridade estatal se impõe sob duas formas: a intervenção indireta pela definição e fiscalização de diretrizes econômicas, estimuladora (e não mais apenas garantidora) de que a atividade econômica privada satisfaça os valores coletivos (como a preservação da concorrência e a defesa do consumidor) e o desempenho direto de atividades de relevância geral (como a educação, segurança, ecologia, previdência social, habitação) ou desinteressantes para a iniciativa privada porque antieconômicas. Sob qualquer dessas modalidades, o Estado Regulador retira o caráter externo e transitório da interferência estatal para tornar sua atividade como elemento integrante do próprio sistema econômico.

Para GONÇALVES (2005, p. 169),

No desempenho de suas incumbências de regulação pública, cabe ao Estado o dever de definir as regras, os standarts e os padrões por que se

devem reger as actuações privadas de interesse público, podendo, designadamente, incluir a prescrição de exigências no plano da organização interna das entidades privadas (imposição de “deveres de organização” que assegurem uma actuação imparcial) e a imposição de controlos internos ou externos. Essa regulação dirigida aos actores privados (regulação de direito privado) deverá aparecer, em muitos casos, inspirada por valores de direito público.

## Capítulo 5

### 5.1 Da origem e decadência da privatização penitenciária

A prisão, aparelho de punição por privação da liberdade nas sociedades capitalistas, baseia-se no princípio de *menor elegibilidade*: as condições de vida na prisão devem ser piores do que as da classe trabalhadora mais inferior, conforme denuncia RUSCHE/KIRCHHEIMER (1978, p. 185): “*Il limite superio red el tenore divita dei detenuti era cosi determinato da quel lo inferiore del lapopolazione libera.*”

O desenvolvimento de formações sociais capitalistas na Europa e, depois, na América do Norte, engendra os modelos *clássicos* de prisão segundo esse princípio de *eficácia mínima*: o modelo de *Gand* (Holanda), o modelo de *Gloucester* (Inglaterra) e os modelos de *Filadélfia* e de *Auburn* (Estados Unidos).

Segundo FOUCAULT (1977, p. 107), o modelo de *Gand*, na Holanda, instituiu o *trabalho obrigatório* como método pedagógico para reconstruir o *homo economicus*, com exclusão de penas *breves* (aprendizagem insuficiente) e *perpétuas* (desinteresse de aprendizagem). O modelo de *Gloucester* instituiu o *isolamento* como método pedagógico para a meditação e reaprendizagem das virtudes, com a reconversão religiosa e moral do condenado (FOUCAULT, 1977, p. 109). Mas é na sociedade americana, a formação social capitalista mais desenvolvida da modernidade, que aparecem as condições mais adequadas para observar a *formação* e a *transformação* do sistema penal: os modelos de penitenciária de *Filadélfia* e de *Auburn*.

Na verdade, a penitenciária moderna começa na *work house* americana, instituição de trabalho agrícola forçado do século XVIII, criada para internação de pequenos transgressores (*fellons*) e, mais tarde, de vagabundos, doentes mentais e devedores pobres. Como anota SANTOS, (1985, p. 279), o advento da produção manufatureira do capitalismo mercantil torna anacrônico o trabalho agrícola

forçado, e as *work houses* ficam reduzidas a funções exclusivamente punitivas, agravadas pela superlotação carcerária, um traço constante da moderna instituição penitenciária. As *work houses* entram em decadência: quanto maior a institucionalização, maior a transformação da pena em terror e menor a readaptação do interno para o trabalho produtivo. (PAVARINI, 1980, p. 165).

No final do século XVII, surge o *modelo filadelfiano*, em que o Estado organiza e controla os processos produtivos e exerce os seguintes poderes: a) o *state-use*, com emprego da força de trabalho na produção de manufaturas, consumidas pela própria administração penitenciária/estatal; b) o *public work*, em que a força de trabalho é empregada em obras públicas, como construção de rodovias, ferrovias, prisões etc., com eventual oposição de sindicatos; c) o *public account*, em que o sistema carcerário se converte em empresa pública: o Estado compra a matéria-prima, organiza os processos produtivos e vende produtos a preços competitivos no mercado, com todas as vantagens do trabalho carcerário, mas os reduzidos custos de produção (por exemplo, salários e impostos) produzem a quebra da concorrência, desemprego e – é claro – mais criminalidade. (PAVARINI, 1980, p. 176).

O *modelo de Filadélfia* também entra em decadência: o *trabalho isolado* em celas individuais – justificado como instrumento terapêutico – exclui a industrialização da prisão, que pressupõe *trabalho coletivo*: o trabalho carcerário é antieconômico e, afinal, priva o mercado de força de trabalho útil.

A solução desses problemas surge com o *modelo auburniano* de penitenciária, baseado no *trabalho comum* durante o dia e no *isolamento celular* durante a noite, sob o *sistema do silêncio* (*silent system*). (PAVARINI, 1980, p. 165). O *modelo de Auburn* introduz a exploração capitalista da força de trabalho encarcerada e organiza o trabalho na prisão como o trabalho na fábrica: o *trabalho em comum* durante o dia permite a introdução de máquinas na prisão, e o *sistema do silêncio* garante a disciplina necessária ao trabalho coletivo do preso.

Porém, a privatização de prisões do *modelo de Auburn* igualmente entra em crise: dificuldades de renovação tecnológica dos processos industriais na prisão, oposição crescente de sindicatos e organizações operárias contra a concorrência do trabalho carcerário, exploração predatória da força de trabalho cativo para ampliar a taxa de *mais-valia* e castigos desumanos por motivos disciplinares ou econômicos impedem a transformação da penitenciária em empresa produtiva. Nos Estados Unidos, as prisões privadas foram banidas em 1925, com a reassunção pelo Estado das responsabilidades constitucionais de execução da pena criminal.

## 5.2 Da atual população carcerária

De acordo com o Relatório de Estatísticas Prisionais do 3º trimestre de 2010 (Direcção Geral dos Serviços Prisionais), a população carcerária em todos os estabelecimentos prisionais do país, incluídos os estabelecimentos psiquiátricos não prisionais, é de 11.547 reclusos<sup>4</sup>. A DGSP informa, ainda, que Portugal é um dos países europeus com maior número de presos por 100 mil habitantes (104 por 100.000 habitantes), superior à maior parte dos países europeus, e avança os exemplos da França e Alemanha, onde a taxa é de 91; da Itália, com 83; Irlanda, com 76; Grécia, com 99; Bélgica, com 94; Dinamarca, com 66.

Como percebemos, não são números como os dos Estados Unidos da América, onde um em cada 131 adultos estava preso no dia 30 de junho de 2008, segundo as últimas estatísticas do governo americano. As prisões estaduais e federais abrigavam mais de 1,6 milhões de pessoas, e as prisões locais 785.000, ou seja, quase 2,4 milhões, para uma população total de 306 milhões de americanos, de acordo com o departamento das Estatísticas do ministério da Justiça<sup>5</sup>.

Já no Brasil, os dados divulgados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) apontam que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, com 494.598 presos. Com essa marca, o país está atrás apenas dos Estados Unidos, que têm quase 2.400.000 presos, e da China, com 1.620.000 encarcerados. Nos últimos cinco anos, houve um crescimento de 37% no número de presos do Brasil<sup>6</sup>.

Então, se o número de presos é crescente e estamos diante de uma política de encarceramento em massa, chegamos à conclusão de que há a aplicação indiscriminada da pena de prisão. O equívoco dessa atuação reside na recorrência cada vez maior ao Direito Penal como solução em *prima ratio* de praticamente todos os conflitos sociais.

Há solução para tal realidade?

## Capítulo 6

### 6.1 Um equívoco de natureza conceitual (técnico-semântica)

De acordo com Pedro GONÇALVES (2005, p. 51), o termo “parcerias da administração” seria mais apropriado para o tema que ora é debatido. Senão vejamos.

De início, é bom esclarecer que o Estado não desenvolve, diretamente, atividades de natureza econômica nem detém meios de produção.

Quando assim entende necessário, cria, mais apropriadamente, empresas públicas e sociedades de economia mista, dotadas de patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, integrantes da Administração Indireta. Os direitos de participação do Estado sobre essas sociedades, estes sim, podem ser privatizados. Já os serviços que, por sua natureza e por destinação constitucional, devem ser prestados pela Administração direta, por meio de seus órgãos, quando entregues ao particular para executá-los, não são privatizados, mas delegados, concedidos, permitidos etc. Privatizar implica transferir direitos de participação do Estado sobre meios de produção para a iniciativa privada.

Não é outra a opinião de GONÇALVES (2005, p. 153):

... há um significado genérico e corrente que vê a privatização como “transferência de um bem público ou de uma actividade pública para o sector privado”. Nesse sentido – que na verdade se refere à “autêntica privatização” –, a privatização apresenta-se, pois, como um fenómeno que se verifica no contexto de um processo iniciado, provocado ou promovido por um acto de uma entidade pública, tendo por objecto uma operação de deslocação, que é, no caso vertente, a da titularidade de um bem público ou de uma actividade pública do sector público para o sector privado.

Assim, não podemos utilizar o termo para a questão ora discutida.

Também de acordo com esse raciocínio, a força de trabalho do preso não é meio de produção estatal passível de ser privatizado. O detento não é objeto de direito, que são as coisas. Ele é, sim, sujeito de direitos e obrigações. Por outro lado, os demais serviços necessários à execução da pena, passíveis de serem prestados pelo particular, poderão ser concedidos e não privatizados.

Apropriado, portanto, seria cuidar da questão como uma proposta de co-gestão do sistema penitenciário ou outra terminologia própria que não envolvesse o termo privatização.

## **6.2 As novas formas de privatização das prisões**

### **6.2.1 O modelo francês de privatização**

Criado pela Lei nº 87/432, o modelo francês de privatização não foi aprovado como originariamente proposto:

A Assembleia Nacional e o Senado aprovaram.

O presidente da República promulga a lei cujo teor é o seguinte:

Art. 2º. O Estado pode confiar a uma pessoa de direito público ou privado uma missão versando ao mesmo tempo sobre a construção e adaptação de estabelecimentos penitenciários. Estas, pessoas, ou grupos, são designadas ao final de um processo licitatório. Nos estabelecimentos penitenciários, as funções outras que de direção, cartório, vigilância, podem ser confiadas a pessoas jurídicas de direito público ou privado segundo uma habilitação definida por decreto. Estas pessoas podem ser escolhidas em processo licitatório na forma prevista na alínea precedente.

Art. 3º. Os estabelecimentos penitenciários podem ser erigidos em estabelecimentos públicos penitenciários, submetidos a tutela estatal.

Cabe ao Ministro da Justiça designar os membros da direção do cartório e da vigilância dos estabelecimentos.

Os defensores do processo originário visavam ao chamamento da iniciativa privada para a construção e manutenção das prisões, alimentada pela certeza da incapacidade do Estado de custeá-lo. De outro lado, os opositores, dentre eles o Presidente François Mitterrand, argumentavam que o serviço público penitenciário é próprio da função jurisdicional do Estado, já que o encarceramento é indissociável do poder de julgar e sancionar, impossível de delegação a terceiros.

Com isso, a partir da vigência da referida lei, o Estado francês admitiu a participação de pessoa jurídica de direito público ou privado (ou grupo de pessoas de direito público ou privado) na construção de penitenciárias e na execução de alguns serviços, tais como hotelaria, assistência médica, social e jurídica, oficinas, educação, lazer, fornecimento de vestimentas e organização do trabalho. Pela prestação desses serviços, a empresa recebe determinado valor por preso/dia. O Estado continuou com a incumbência de designar o Diretor, subordinados e os agentes penitenciários, além de disciplinar os afazeres burocráticos e de segurança interna e externa do presídio. As questões afetas ao juízo de execução penal são encaminhadas pelo Diretor-Geral da prisão. Após processo licitatório, uma convenção aprovada por decreto é o instrumento formal que celebra a parceria.

### **6.2.2 O sistema americano**

Nos Estados Unidos, até o início dos anos oitenta, a execução da pena era uma atividade puramente administrativa de competência do Poder Executivo,

encerrando-se a função jurisdicional com a prolação da sentença penal (sistema de *hands off*, inaugurado na década de sessenta). Nesse sistema, ao contrário de outras atividades, raramente a direção das penitenciárias foi transferida para a iniciativa privada, formalizada por contratos administrativos.

No entanto, ausente o Poder Judiciário da execução penal, verificaram-se crescentes violações aos direitos dos presos. Diante do fato, a própria magistratura ianque empunhou a bandeira vitoriosa do controle judiciário da execução da pena, o que não inviabilizou a crescente participação privada no sistema, fruto do ideário liberalizante da era Reagan.

Para uma melhor compreensão do sistema de administração penitenciária implantado nos Estados Unidos, necessário é saber que o conceito de privatização é gênero de que são espécies: a) o arrendamento de prisões; b) a utilização de certos serviços contratados com particulares; c) a transferência do poder de direção dos estabelecimentos penitenciários aos particulares. Importante ainda frisar que, nos EUA, o sistema prisional é de competência dos três entes estatais: Município ou Condado, Estado-membro e União. As cadeias locais, em regra, abrigam os que cometem delitos de menor potencial ofensivo e os que, por não terem prestado fiança, esperam julgamento encarcerados. Os Estados-membros e a União responsabilizam-se pelas penitenciárias.

Pelo sistema de arrendamento de prisões, o Estado-membro ou a União absorve todos os serviços relativos à execução da pena, utilizando-se, mediante contrato de aluguel de imóvel pertencente ao particular, construído para esse fim. Transcorrido determinado tempo, o direito de propriedade sobre o imóvel passa a pertencer ao ente estatal contratante. Esse sistema, diante da escassez de recursos, é uma iniciativa politicamente simpática por não onerar o Tesouro nem os contribuintes com a emissão de títulos que visem à captação de recursos para investimento nessas obras.

O modelo de cogestão em que se contratam determinados serviços com o particular envolve a prestação de alimentação, assistência médica, programas de reabilitação, a implantação do chamado sistema de prisão/indústria etc. Pode ocorrer a prestação de trabalho pelos presos em empresas próximas do local de cumprimento da pena. Aqui, o particular-contratante, além de evitar a fuga do apenado, assume responsabilidades com a sua acomodação e alimentação. Em contrapartida, utiliza-se do trabalho do preso em proveito próprio. Muitos se opõem a esse sistema, de um lado alegando concorrência desleal em face dos altos custos de produção enfrentados no mercado de trabalho livre e, de outro, por levar insegurança aos trabalhadores que estão fora do sistema, causando redução salarial.

Já com a transferência do poder de direção dos estabelecimentos penitenciários aos particulares (administração privada das penitenciárias) o Estado passa para a iniciativa privada tanto a construção (ou reforma) quanto a administração e o controle do sistema. Em três situações, esse modelo de privatização se realiza: em estabelecimentos que abrigam os que estão se preparando para retornar ao meio livre; nos que recebem infratores juvenis; naqueles próprios para imigrantes ilegais.

Qualquer que seja o sistema contratado, os presos assumem o status de terceiros beneficiários, detentores do direito subjetivo ao cumprimento do que foi pactuado entre o particular e o Estado.

### **6.2.3 A privatização na Grã-Bretanha**

Foi o *The Criminal Justice Act*, 1991, o instrumento normativo que formalizou o programa de privatização do sistema penitenciário da Grã-Bretanha, iniciando pela construção de estabelecimentos para abrigar presos provisórios. Essa lei discorre sobre os direitos e obrigações do particular e do Estado, estabelecendo a organização administrativa do sistema, a prestação de contas, o controle, os direitos dos presos etc. A diretriz principal dessa política penitenciária é estender o processo de privatização plena (serviços e direção das prisões) para os demais setores do sistema penal, ditada menos por necessidade de ordem econômica e mais por imperativos de natureza ideológica, ao contrário do que se passa nos Estados Unidos, onde a construção de penitenciárias é custeada por recursos captados do público mediante a emissão de títulos da dívida pública com prévia autorização legislativa.

Apesar da tendência privatista, o ordenamento jurídico britânico dá azo ao questionamento da constitucionalidade da transferência para o particular da prática de atos de coerção sobre o preso, necessários durante a execução penal.

## **Capítulo 7**

### **7.1 Considerações de ordem filosófica**

#### **7.1.2 O cidadão no centro da mudança – o contrato social**

As teorias sobre o contrato social se difundiram entre os séculos XVI e XVIII como forma de explicar ou postular a origem legítima dos governos e,

portanto, das obrigações políticas dos governados ou súditos. Thomas Hobbes (1651), John Locke (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1762) são os mais famosos filósofos do contratualismo.

A propósito do argumento daqueles que buscam nas ideias de Hobbes, Locke e Rousseau mostrar que o Estado moderno se constituiu no defensor das liberdades públicas, devemos levar em consideração a passagem do homem do estado de natureza para o estado de sociedade, instrumentalizada pelo contrato que viabilizou a liberdade relativa a ser garantida pelo Estado.

Thomas Hobbes defendeu que todos os homens são iguais por natureza e que, num estado de natureza anterior a qualquer governo, cada um, num impulso de autopreservação, deseja não só preservar a liberdade própria, como também adquirir domínio sobre os outros. Daí extrai Hobbes a razão de ser da guerra. Para ele, a comunidade, a que chama *Leviatã* – também nome da sua obra carismática – tem um papel fundamental como forma de evitar o caos, se forem constituídas comunidades sujeitas a uma autoridade central – resultante do acordo de um conjunto de pessoas (contrato social) – cuja soberania indivisível e ilimitada, todos se submetessem.

O acordo é entre os cidadãos (entre si somente e não, como mais tarde em Locke e Rousseau, entre estes e o poder), para obedecer ao poder escolhido pela maioria. Após a escolha, os cidadãos perdem todos os direitos, exceto os que o governo julgue útil assegurar. E nunca o cidadão terá o direito à revolta, porque o governo não foi parte no contrato no qual só os cidadãos estiveram.

Locke, parte, igualmente, do estado de natureza para, finalmente, aportar no estado de sociedade. Seus pontos de reflexão são idênticos ao de Hobbes, porém, assumindo concepções e conclusões diversas.

No Estado pensado por Hobbes, percebem-se justificáveis motivos para que o homem buscasse o estado de sociedade, pois representaria, numa comparação extrema, a mudança do caos para o quase-paraiso. Mas em Locke, sendo o estado de natureza um quase-paraiso, como então conceber o desejo humano de contratar objetivando o estado de sociedade? Justifica, Locke, então, que o Estado nasceu como meio de assegurar a propriedade privada, afirmando que o estado de sociedade garantirá o que o homem tem no estado de natureza, pois a ele é inerente, acrescentando-lhe organização, certeza e segurança.

O fato é que, com Locke, teórico da Revolução Liberal Inglesa, o direito natural, que já havia se racionalizado, secularizado e sistematizado, é levado à teoria do Estado, e mais, torna-se real, ou seja, é levado à prática, norteando declarações e constituições do Estado moderno.

Rousseau preocupou-se com a justificação ou interpretação do poder político, problema central do naturalismo do século XVIII, uma vez constatado que, não obstante ter o homem nascido livre e igual, encontrava-se tolhido em sua liberdade e aspiração de igualdade. Como legitimar tal situação?

Idealiza, então, um estado de natureza idílico, também transitivo, via pacto contratual, oposto ao de Hobbes (no qual a discórdia e a violência predominavam) e mais paradisíaco ainda que o de Locke. Para Rousseau, considerado o ideólogo da democracia igualitária, a liberdade e a igualdade predominavam por conta da natural bondade humana quando, em dado momento, alguém se apropriou de bens submetendo outros ao seu mando. Como pensava Locke, também em Rousseau a razão do contrato foi o surgimento da propriedade privada.

O estado de sociedade para Rousseau inaugurou-se como um mal necessário, cuja concretização extirparia os desequilíbrios, resguardando os direitos fundamentais, que retornariam ao homem por intermédio do contrato social. Dessa feita, aparece o contrato como um instrumento racional de devolução ao homem do que lhe havia suprimido, ou seja, os seus direitos naturais, agora sob a forma de direitos civis. Tais direitos, principalmente os de liberdade e igualdade, não permanecem no Estado, são imediatamente devolvidos a todos em forma de lei, que nada mais é do que um produto da vontade geral, processada diretamente, significando uma categoria correspondente ao interesse comum. Assim, submissão somente à lei, que é a expressão da vontade geral. BARBOSA DE MELO (2010, p. 7) lembra que:

A ideia de consenso, pacto ou contrato ocupa lugar central na cultura jurídico-pública própria do Estado Constitucional, institucionalizado na generalidade dos países europeus a seguir à Revolução Francesa (1789).

É inquestionável em Rousseau a doutrina jusnaturalista. Pregou que o homem, no *status naturalis*, tinha seus direitos naturais que, em virtude da opção contratual, transformaram-se em direitos civis, inalienáveis, sagrados. A vontade geral é, assim, o elemento fundante e legitimador da ordem jurídica positiva, obra da pura racionalidade.

A Revolução é considerada como o acontecimento que deu início à Idade Contemporânea. Aboliu a servidão e os direitos feudais e proclamou os princípios universais de “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*” (*Liberté, Egalité, Fraternité*). Para a França, abriu-se em 1789 o longo período de convulsões políticas do século XIX, fazendo-a passar por várias repúblicas, uma ditadura, uma monarquia constitucional e dois impérios.

O pensamento do filósofo de Genebra constou da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e foi adotado como intróito da Constituição Francesa de 1791, ganhando, em seguida, *status* positivo em várias cartas políticas e documentos princípio lógicos.

A importância desse documento nos dias de hoje é ter sido a primeira declaração de direitos e fonte de inspiração para outras que vieram posteriormente, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU (Organização das Nações Unidas), em 1948. Prova disso é a comparação dos primeiros artigos de ambas.

São, portanto, fundamentados nos ensinamentos desses teóricos contratualistas do Estado moderno que nos opomos, filosoficamente, à proposta de total privatização das penitenciárias, em que só o Estado, depositário e executor do contrato social, tem o poder de limitar a liberdade do indivíduo em função da liberdade do outro e do grupo.

Não é outro o entendimento de DiIULIO (1988, p. 92):

Para permanecer legítimo e moralmente significativo governar atrás das grades, despojar os cidadãos de sua liberdade, coagi-los (e até matá-los), é exigível que a incumbência seja mantida nas mãos das autoridades governamentais.

## **7.2 Considerações de ordem histórica, constitucional e processual**

De longínqua lembrança, o regime da vingança privada foi substituído pelo monopólio do Estado, que assumiu a condição de titular do direito subjetivo público de exercício e execução do *jus puniendi*. Esse processo evolutivo, fomentado pelo ideário iluminista, buscava um modelo de execução de penas compatível com a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo em que se associava à definição de crime, enquanto ente jurídico, a ideia de infração à lei do Estado.

O princípio da jurisdição única significa ser atribuição exclusiva do Estado o exercício da função jurisdicional, que nada mais é senão o poder/dever, constitucionalmente atribuído ao Poder Judiciário, em regime de monopólio, para, quando provocado, compor conflitos de interesse num caso concreto. Esse conflito de interesses é formalmente composto quando, no processo, ocorre a decisão final transitada em julgado. Nesse momento, o magistrado diz o direito para o caso concreto: um deve prestar algo a outrem. Pode ocorrer, entretanto, que haja a recusa da prestação do direito material estabelecido na sentença. Passa-se, então, para a

execução do que foi decidido. E aqui, continua sendo função do Poder Judiciário promover a realização do direito decidido no processo de conhecimento e não voluntariamente prestado. Se necessário for, poderá o juiz autorizar a coação para constranger a parte a satisfazer o direito decidido. E só, tão somente só, o Estado pode coagir, ou seja, valer-se da força física juridicamente permitida, tirante algumas raras exceções como a legítima defesa.

Assim, e principalmente, funciona a teoria na prática do direito privado na qual a regra é a disponibilidade de direitos. Se assim o é na seara do direito privado, o que dizer da execução de uma decisão cujo conteúdo se reporta a um bem da vida tutelado pelo direito público como a liberdade? Ainda mais quando é cediço que a regra, na seara do direito público, inverte-se, isto é, os objetos integrantes de uma relação de direito público são indisponíveis.

Suponhamos a instauração de uma relação jurídica de direito penal motivada pelo cometimento de um homicídio. Por ter suprimido a vida de outrem, o réu deverá ser apenado com supressão temporária de sua liberdade. A execução dessa decisão representa a concretização permanente da supressão da liberdade decidida na sentença, com os respectivos incidentes e decisões sobre progressão de regime e outros direitos do preso.

É importante reparar, nessa relação, que os atos de império praticados pelo Estado verificam-se permanentemente, por todo o tempo de execução da pena, já que o condenado nem a esta, nem ao processo, se submete voluntariamente, mas por constrangimento pelo Estado. Dessa forma, fica patente que toda a execução da pena é um ato permanente de coação, que se protraí pelo tempo de duração daquela.

Dos bens jurídicos axiologicamente dimensionados, temos que a vida e a liberdade assumem, respectivamente, os primeiro e segundo valores humanos, ambos, irreparáveis, e também, por isso, inalienáveis. Mesmo entendendo que os princípios da jurisdição única e da indelegabilidade da atividade jurisdicional foram quebrados, parcial e excepcionalmente, a partir das normas que instituíram a arbitragem (Lei nº 9.307/96), perceberemos, de outro lado, que os atos de império não acompanharam a delegação, pois reservados permaneceram ao Estado, como o poder/dever de coação, recurso derradeiro utilizado na execução das decisões judiciais, vez que o artigo 3º da Lei 31/86 prevê que *a execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1ª instância, nos termos da lei de processo civil*. E assim o é, visto que o Estado não pode delegar o que não lhe foi permitido pela norma que, em grau máximo, conformou a sua feição e atuação: a vontade do legislador, legítimo representante do povo. Esta é a lição que se extrai de BARBOSA DE MELO (2010, p. 16):

À legislação andam normalmente ligadas a generalidade e abstração do seu conteúdo (regra ou princípio); a novidade em face à ordem já constituída ao tempo da emanação da lei; constituir ele uma regulação inicial das situações ou relações que formam seu objecto, somente subordinada às regras e princípios de hierarquia constitucional ou supra-constitucional; ser ele determinado por uma deliberação (em público ou após discussão pública) tomada pelo conjunto dos cidadãos eleitores ou por uma assembleia representativa eleita por estes.

Portanto, a uma conclusão já é possível chegar: não encontramos permissivo de ordem histórica, filosófica ou jurídica que autorize a privatização da execução da pena.

E a privatização das instalações e dos serviços necessários à execução da pena, é juridicamente possível?

### **7.3 Aspectos Jurídico/Administrativos**

Não podemos olvidar que o homem se utiliza do conhecimento para a realização da sua actividade prática. A questão penitenciária ora versada entrelaça-se com vários ramos do conhecimento. É necessária, partindo-se dessa premissa, uma reflexão acerca de alguns aspectos do Direito Administrativo.

A execução penal, como visto, é serviço público próprio cujo dever de prestação se materializa por meio de funções estatais administrativas e judiciais. Os serviços públicos próprios, ao contrário dos impróprios, guardam intrínseca relação com a função essencialmente pública, que é executada pelo Estado numa relação de supremacia sobre os administrados.

O contrato administrativo seria o instrumento formal apto para concretizar a cogestão do sistema penitenciário, pactuado entre o Estado e o parceiro privado. O objeto de tais contratos é, necessariamente, a construção de obras e prestação de serviços públicos. A construção não afetada ao património público, a manutenção das instalações e os demais serviços auxiliares da execução penal são considerados serviços públicos que possam ser administrativamente contratados com o particular?

Não nos resta qualquer dúvida de que, para delegar os serviços de construção e exploração de imóveis destinados a presídios, pode o Estado valer-se dos princípios gerais de eficiência e economia relativos à repartição de riscos com o parceiro privado que permitam dotar a relação contratual subjacente de uma harmonia e equilíbrio ao nível da repartição dos encargos e da distribuição do risco.

Ao Estado caberia, nos termos do artigo 2º, nº 4, do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de abril de 2003, escolher o instrumento de regulação jurídica das relações de colaboração entre o ente e o parceiro privado.

As modalidades de contrato de fornecimento contínuo, de prestação de serviços ou de gestão dos serviços penitenciários seriam delegadas mediante concurso público à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrasse capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento do parceiro privado seja remunerado ou amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. No caso, o único usuário seria o Estado, que pagaria certa quantia por cada encarcerado.

O fato da utilização dos presídios exclusivamente pelo Estado não eiva de ilicitude o modelo previsto no Decreto-Lei. Além de não haver norma proibitiva, a prática administrativa noticia a existência de inúmeros imóveis de propriedade particular cujo direito de uso exclusivo é contratado pelo Estado para instalar várias de suas repartições sem implicar nenhuma delegação de poderes de império, muito menos desvio de finalidade.

Portanto, a construção (segundo os moldes estabelecidos pelo Estado) de presídios pelo parceiro privado, não afetados ao patrimônio público, e sua posterior utilização exclusiva pelo Estado mediante o pagamento de um preço, é juridicamente possível.

E quanto à prestação de serviços de manutenção, alimentação, educacionais, psicossociais, médicos, farmacêuticos e odontológicos? Há de se responder, na mesma linha teorizada, com outra indagação: a prestação desses serviços implica a execução de algum ato de império? Evidentemente que não. Podem, portanto, ser entregues à gestão do particular autorizada pela mesma norma já citada.

#### **7.4 O trabalho do preso**

Quanto à utilização da mão de obra carcerária pelo parceiro privado, a questão assume, em Portugal, uma dimensão que leva em consideração as Regras Mínimas da ONU para o tratamento de prisioneiros.

Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 CI (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, através da

resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas Para Tratamento de Prisioneiros.

De acordo com o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade,

a execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa à reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a protecção de bens jurídicos e a defesa da sociedade.

Referido código prevê, ainda, no capítulo que trata do trabalho e da atividade ocupacional do preso, a observância de vários princípios que devem ser norteados quando da aplicação da reprimenda:

Art. 41 - Princípios gerais do trabalho

1 - O trabalho visa criar, manter e desenvolver no recluso capacidades e competências para exercer uma actividade laboral após a libertação.

2 - Deve ser assegurado ao recluso, de acordo com as ofertas disponíveis, trabalho em unidades produtivas de natureza empresarial, tendo em conta as suas aptidões, capacidades, preparação e preferências, sem prejuízo do acesso ao ensino e à formação profissional e da participação nos programas referidos no capítulo seguinte.

3 - O trabalho deve respeitar a dignidade do recluso e as condições de higiene, de saúde e de segurança exigidas para trabalho análogo em liberdade, não podendo ser-lhe atribuídas, designadamente, tarefas perigosas ou insalubres nem ser prejudicado o seu direito ao descanso e ao lazer.

4 - O trabalho não se subordina exclusivamente a finalidades lucrativas ou a interesses económicos do estabelecimento prisional ou de terceiro.

5 - É devida remuneração equitativa pelo trabalho prestado.

6 - A assiduidade e o empenho do recluso nas actividades laborais são tidos em conta para efeitos de flexibilização da execução da pena.

A lei inova ao permitir o trabalho no interior ou no exterior dos estabelecimentos prisionais, sob supervisão e coordenação dos serviços prisionais, fazendo expressa menção a trabalhos produtivos de natureza empresarial.

Como vemos, essa moderníssima lei garante a todos os presos, além de outros, o direito social ao trabalho. O Estado, no dever de proporcionar àquele que está cumprindo pena privativa de liberdade esse direito constitucionalmente assegurado, encontra na própria lei a segurança de que o parceiro privado terá que cumprir todas as obrigações laborais. A relação jurídica especial de trabalho em tese segue o regime geral das relações de trabalho em liberdade, ressalvadas as limitações decorrentes da execução das medidas privativas da liberdade.

Assim, da análise dos fins pretendidos pela execução da pena e, mais precisamente, da inexistência de obstáculos normativos infraconstitucionais sobre o trabalho desempenhado por presos, podemos concluir que não existe nenhuma vedação ao propósito de cogestão do trabalho penitenciário.

### **Considerações Finais**

Como antes explicitado, defendemos, aqui, um sistema no qual as prisões estariam afetas do Estado e cuja administração seria partilhada com o setor privado, numa espécie de cogestão ou gestão mista. Assim, os agentes encarregados dos serviços penitenciários continuariam servidores públicos. Ao parceiro privado caberia: a gestão da penitenciária; a construção das instalações segundo as determinações da Administração, em área por esta concedida; bem como a utilização do trabalho dos condenados e presos provisórios mediante remuneração pecuniária, que seria revertida, em parte, para a manutenção do presídio. O particular auferiria os lucros verificados com a venda dos produtos manufaturados, além de receber do Estado a remuneração pelo serviço prestado (assistência material, educacional, jurídica, social, religiosa etc.).

É de conhecimento notório que, na grande maioria das prisões, predominam a aglomeração, a falta de atendimento médico e jurídico, a ociosidade, a promiscuidade, num quadro de abandono, de penúria, que se traduz em contínuas violações aos direitos humanos dos encarcerados. O Estado, que tem se revelado negligente e inepto nessa área, não investe o suficiente, de modo a regular a atividade e, assim, os problemas se dilatam no curso dos anos. Esse sistema de gestão compartilhada entre o Estado e o parceiro privado surge como uma opção que, sob o binômio custo-eficiência, pretende excluir tais precariedades e oferecer um serviço de excelência, orientado por um novo paradigma de tratamento, além de reduzir significativamente os gastos do Estado.

Por esse sistema, os presos logriam benefícios, à medida que se lhes sejam dadas melhores condições de assistência (em diferentes níveis), o que concreta e

necessariamente contribuiria para sua reinserção social. A excelência dos serviços prestados pelo parceiro privado, pela orientação humanística, constitui fator determinante na reabilitação e, portando, instrumento de diminuição da reincidência.

Aos argumentos contrários (monopólio estatal da atividade jurisdicional e do poder de polícia), já deixamos claro que não há qualquer violação legal a essas atividades. A administração da unidade prisional é apenas um instrumento para o exercício da função jurisdicional e do poder de polícia do Estado, com essas não se confundindo. Uma coisa é a prerrogativa de investigar, julgar e apenar o cidadão; outra, completamente diferente, é cuidar da gestão financeira de um presídio e dos seus serviços.

Portanto, não se pode conceber, *prima facie*, a gestão privada da unidade prisional como uma quebra do monopólio estatal. Basta, apenas, que o objeto da parceria ressalve aqueles serviços e atividades privativos do Estado.

Por fim, é recomendável, diante do que foi exposto, que, neste momento em que se discute a redefinição do papel do Estado, os seus próprios fundamentos historicamente reconhecidos não amarguem o esquecimento, sob pena de, a curto prazo, mostrar-se como necessária a redefinição do que foi redefinido. As divergências acerca do assunto nos alertam sobre a necessidade de uma postura alicerçada pela prudência objetivando uma decisão maturada. Nesse caso, podemos exemplificar as falhas no estabelecimento das cláusulas contratuais das concessões rodoviárias em regime de portagem virtual (SCUT), designadamente no que se refere à reposição do equilíbrio financeiro, que estão a implicar riscos econômicos/financeiros muito gravosos para o Estado e a multiplicação de decisões unilaterais pelo concedente (alterando modelos, traçados, projetos e introduzindo exigências adicionais), sem que tivessem sido quantificados previamente os custos associados às alterações.

Finalizando este artigo, que pretende ser uma contribuição temática, concluímos expondo a ideia geral que deve servir de parâmetro a balizar as discussões e as iniciativas em torno do assunto ora estudado, ou seja: os serviços penitenciários que não importem na prática de atos de império podem ser, por meio da parceria público-privada, entregues à execução do particular, pois é possível a cogestão do sistema penitenciário, não a sua privatização.

## Notas

<sup>1</sup> Adam Smith foi um importante filósofo e economista escocês do século XVIII. Tornou-se um dos principais teóricos do liberalismo econômico. Sua principal teoria baseava-se na ideia de que deveria haver total liberdade econômica para que a iniciativa privada pudesse se desenvolver, sem a

intervenção do Estado. A livre concorrência entre os empresários regularia o mercado, provocando a queda de preços e as inovações tecnológicas necessárias para melhorar a qualidade dos produtos e aumentar o ritmo de produção. As ideias de Adam Smith tiveram uma grande influência na burguesia europeia do século XVIII, pois atacavam a política econômica mercantilista promovida pelos reis absolutistas, além de contestar o regime de direitos feudais que ainda persistia em muitas regiões rurais da Europa. Sua teoria foi de fundamental importância para o desenvolvimento do capitalismo nos séculos XIX e XX.

<sup>2</sup> A Constituição de Weimar representa o auge da crise do Estado Liberal do séc. XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX. Foi o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais, de 2ª geração/dimensão (relativos às relações de produção e de trabalho, à educação, à cultura, à previdência) e reorganizou o Estado em função da Sociedade e não mais do indivíduo.

<sup>3</sup> Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril, artigo 2.º, n.º 1.

<sup>4</sup> [http://www.dgsp.mj.pt/backoffice/Documents/DocumentosSite/Estatisticas\\_e\\_Relatorios/3\\_Trim2010.pdf](http://www.dgsp.mj.pt/backoffice/Documents/DocumentosSite/Estatisticas_e_Relatorios/3_Trim2010.pdf). Acesso em 13/2/2011.

<sup>5</sup> <http://www.abril.com.br/noticias/mundo/numero-presos-aumenta-eua-338685.shtml>. Acesso em 13/2/2011.

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/brasil-tem-o-terceiro-maior-numero-de-presos-do-mundo-20100928.html>>. Acesso em: 13/2/2011.

## Referências Bibliográficas

- BARBOSA DE MELO, Antônio Moreira. *In: Estudos de Contratação Pública – I. A Ideia de Contrato no Centro do Universo Jurídico-Público*. Organização: Pedro Gonçalves. Coimbra, 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- DI IULIO JR, John J. What's wrong with private prison? *The Public Interest*: Issue 92, p. 68-93, Summer, 1988. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=113189>>. Acesso em: 9/11/2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DUNN, John. *Contrato Social, Locke: a very short introduction*, Oxford: 2003.
- FOUCAULT. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 107.
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. (organizador). *Estudos de Contratação Pública*. Volumes I, II e III. Coimbra, 2010.
- LAUBADÉRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- J. RIBEIRO, Renato. Hobbes: o medo e a esperança, Francisco C. Weffort (Org.), *Os clássicos da Política – Volume 1, 12*, p. 53-77, São Paulo: Editora Ática, 1999.
- MELLO, Leonel I. A. John Locke e o individualismo liberal, Francisco C. Weffort (Org.), *Os Clássicos da Política – Volume 1, 12*, p. 81-89, São Paulo: Editora Ática, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de SECONDAT, Barão de La Brède e de. *O Espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.
- OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e estrutura sociale*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 185: “*Il limite superiore del tenore di vita dei detenuti era così determinato da quello inferiore della popolazione libera.*”
- SANTOS, J. Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SILVA, Suzana Tavares da. *Um Novo Direito Administrativo?* Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2010.
- SMITH, Len Yong, apud CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1998.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. Parcerias Público-Privadas – Um enfoque multidisciplinar. São Paulo: *Editora Revista dos Tribunais*, 2005.  
PAVARINI, Massimo. *La invención penitenciária: la experiencia de los EUA en la primera mitad del siglo XIX*. In: Dario MELOSSI e Massimo PAVARINI (Org.): *Carcel y Fabrica (los orígenes del sistema penitenciário)*. Siglo XXI, 1980.

### **Resumo**

A crise do sistema penitenciário não é experiência apenas brasileira. Vários países experimentam a dificuldade em se manter um conjunto de prisões suficiente, com padrão capaz de respeitar os princípios elementares da dignidade humana que o direito exige. Como possível solução, a privatização é, hoje, assunto debatido divergentemente, em razão do seu explícito conteúdo de natureza ideológica. A discussão aponta para tendências atuais que buscam estabelecer uma nova forma de vivência entre o Estado e o particular, sem perder de vista a sua destinação coletiva e o monopólio da segurança pública.

**Palavras-chave:** Parcerias Público-Privadas – PPP; Presídios – Sistema penitenciário; Dignidade da pessoa humana.

### **Abstract**

The crisis of the prison system is not an exclusive Brazilian experience. Several other countries have faced difficulties in sustaining a sufficient number of prisons with standards high enough to assure the observation of basic principles of human dignity required by Law. As a possible solution, privatization is, nowadays, a highly contentious issue, due to its explicit ideological content. The debate points to current trends that try to establish new terms for the relations between the State and the particular individual, without losing sight of its collective purposes and the monopoly it exercises over public security.

**Key words:** private-public partnerships; prisons – prison system; human dignity.



## **Normas para colaboradores**

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista de Direito UPIS, para análise do conteúdo, metodologia, bem como da conveniência e oportunidade da publicação.
2. Serão aceitos prioritariamente trabalhos elaborados por membros da comunidade acadêmica do Curso de Direito da UPIS, inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, simpósios, seminários etc.), referentes aos temas indicados pelo Conselho Editorial, quando for o caso.
3. Serão aceitos, excepcionalmente, a critério do Conselho Editorial, trabalhos apresentados pela comunidade em geral e/ou acerca de temas jurídicos diversos.
4. Mediante deliberação do Conselho Editorial, poderão ser solicitados trabalhos a colaboradores eventuais.
5. A entrega de trabalho ou sua publicação não importará em remuneração, a qualquer título, do autor.
6. Não serão devolvidos ao autor os originais dos trabalhos entregues ou publicados.
7. Os trabalhos deverão ser redigidos em português, com no mínimo 15, e no máximo 25 laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres, observando-se a ortografia oficial.
8. Os trabalhos deverão ser entregues, em CD, à Secretaria do Departamento de Direito da UPIS ou enviados por correio eletrônico ao endereço [direito@upis.br](mailto:direito@upis.br), com texto em fonte ARIAL, tamanho 12, entrelinhamento 1,5 cm.
9. As citações e referências bibliográficas deverão obedecer às normas técnicas da ABNT, preferencialmente utilizando o sistema alfabético autor/data.
10. **IMPORTANTE:** Necessariamente deverão acompanhar o artigo um Resumo em português e as palavras-chave. A remessa de versões do Resumo e das palavras-chave em inglês e/ou espanhol é facultativa.

**Carlos Aureliano Motta de Souza**

*Editor*



diagramação, arte-final, impressão e acabamento



**Inconfidência**  
printer

fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350  
brasilía distrito federal  
E-mail: [graficainconfidencia@terra.com.br](mailto:graficainconfidencia@terra.com.br)

