

# Revista de Direito UPIS

**2010 v. 08**

## **EDITOR**

Carlos Aureliano Motta de Souza

## **CONSELHO**

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

EsdraS Neves de Almeida

Ives Gandra da Silva Martins

Ivo Montenegro

Jairo Bisol

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Pietro Lemos Costa

Sebastião da Silva Barbosa

Zilah Maria Callado Fadul Petersen



**Faculdades Integradas**

**Diretor-Presidente**

**Diretor Administrativo**

**Diretor Financeiro**

**Diretor de Relações Públicas**

**Diretor de Ensino**

**Diretora de Avaliação**

**Diretor de Ensino a Distância**

**Diretor de Pós-Graduação**

Vicente Nogueira Filho

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ruy Montenegro

Ana Cristina Morado Nascimento

Benito Nino Bisol

Andrezza Rodrigues Filizzola Bentes

Sebastião Fontenele França

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, 2010.

v. 8.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito – Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

---

### **Revisão de Originais**

Antônio Carlos Simões

### **Revisão Final**

Antônio Carlos Simões

Geraldo Ananias Pinheiro

Magda Montenegro

### **Tradutor**

Pietro Lemos Costa

### **Capa**

Marcelo Silva Alves

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

Gráfica e Editora Inconfidência

# SUMÁRIO

- 5** **Apresentação**
- 9** **Mensagem aos Formandos**  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 11** **Princípios constitucionais sobre direitos humanos**  
Ives Gandra da Silva Martins
- 25** **Súmula Vinculante nº 5: a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a constituição**  
Stênio Ribeiro de Oliveira e Allan Alexandre Mendes Gonçalves
- 55** **Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento**  
Rodrigo Carneiro Gomes
- 83** **A fraude à lei no Direito Tributário Brasileiro**  
Edino Cezar Franzio de Souza
- 105** **Considerações sobre o desafio da magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos fundamentais**  
Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto
- 131** **Mediação extrajudicial em matéria penal**  
Leandro de Castro Folly
- 141** **Súmula Vinculante nº 9 - A perda dos dias remidos pelo cometimento de falta grave: os motivos para a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 9**  
Antonio Malva Neto
- 167** **Normas para colaboradores**

# SUMMARY

- 5** **Presentation**
- 9** **Message to Graduates**  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 11** **Constitutional principles on human rights**  
Ives Gandra da Silva Martins
- 25** **Binding Note No. 5: Lack of technical defense by counsel in administrative proceedings does not offend the Constitution**  
Stênio Ribeiro de Oliveira e Allan Alexandre Mendes Gonçalves
- 55** **Preventing crime: police intelligence, democracy and diffusion of knowledge**  
Rodrigo Carneiro Gomes
- 83** **The circumvention of the Brazilian Tax Law**  
Edino Cezar Franzio de Souza
- 105** **Considerations on the contemporary challenge of the judiciary in the implementation of fundamental human rights**  
Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto
- 131** **Extrajudicial mediation in criminal matters**  
Leandro de Castro Folly
- 141** **Binding Note No. 9 - The loss of the day redeemed by the commission of serious misconduct. The reasons for the unconstitutionality of the**  
Antonio Malva Neto
- 167** **Guidelines for contributors**

## APRESENTAÇÃO

Esta edição vem a lume em importante momento da vida política nacional. Em pleno período eleitoral, a mais alta Corte de Justiça do País é convocada para deliberar a respeito da LC nº 135, conhecida como lei da Ficha Limpa. Foram quase 24 horas de discussão, em dois dias, para encerrar, melancolicamente, com não-decisão que deixou frustrada a opinião pública em geral e os operadores de direito em particular. Como *não decidir*, se este é o *munus* do juiz? Como deixar matéria de tão importante repercussão para ser decidida à frente?

Contam-se nos dedos as leis com base na prerrogativa inserida na Carta de 1988, que confere aos cidadãos a iniciativa de leis. E o clamor da população, diante do quadro de corrupção generalizada que se instalou nas entranhas da Administração nos três níveis: federal, estadual e municipal, inclusive estendendo seus tentáculos ao Legislativo e ao Judiciário. Embora tenham sido de alta envergadura os votos e as discussões, a resposta da Corte a esse clamor foi pífia, não honrando a tradição de excelência que a tem marcado, especialmente nestes últimos quatro lustros, à luz da nova Constituição.

A Faculdade de Direito da UPIS rejubila-se pela aquiescência do ilustre e renomado jurista Ives Gandra da Silva Martins em integrar o Conselho Editorial da Revista de Direito. Ao aceitar o convite formulado, S. Ex<sup>a</sup> nos brinda com artigo que representa verdadeira aula magna, ao elaborar uma síntese da Constituição Cidadã e comentar cada um dos dispositivos do artigo 5º da Carta Magna. Ives Gandra revela o porte do docente que engrandece qualquer academia.

A União Pioneira de Integração Social – UPIS – e em particular a Faculdade de Direito, por meio de sua Revista, sentem-se honrados em poder contar com sua prestimosa colaboração.

Outro destaque desta edição é a mensagem do eminente Ministro Marco Aurélio, dirigida aos formandos da Turma 2/2009, na condição de paraninfo da turma. Fulcrada no binômio educação e ética, sua alocução,

exorta os novos bacharéis em Direito a participarem de um esforço como protagonistas de novo tempo em que prevaleçam a ética a democracia e a Justiça.

Em contraponto à mensagem do ilustre magistrado, a Revista reproduz em artigo a condensação do Trabalho de Conclusão de Curso do egresso bacharel Antonio Malva Neto. Acolhido pelo Conselho Editorial em conformidade com dispositivo do Regulamento do TCC, que admite a possibilidade de publicação de resumos de trabalhos monográficos que tenham recebido menção máxima com louvor. É o caso. Na sua monografia, Malva Neto insurge-se contra a Súmula Vinculante nº 9, do STF. Não importa a conclusão a que chegou. O que importa é o exemplo que o ex-aluno dá aos demais colegas que ainda terão que vencer a importante etapa da monografia: qualquer tema é passível de discussão, desde que se o tenha pesquisado com a profundidade e dedicação que a disciplina impõe.

A impressionante escalada do crime organizado no País domina o noticiário da mídia e coloca o brasileiro em permanente estado de insegurança. Especialista no assunto e com vasta *expertise* em inteligência policial, Rodrigo Carneiro apresenta algumas possíveis soluções para enfrentar a magnitude do problema.

Oriana Piske trabalha com profundidade a lição de Canotilho e Bonavides: não basta declarar os direitos humanos; o que importa é realizá-los. Sustenta que o Judiciário do século XXI não pode se limitar a assumir função meramente jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, em homenagem ao modelo pós-positivista, que prestigia a juridicidade dos princípios ante a insuficiência da concepção jurídica normativista-legal. Entende ser imperioso que os juízes levem em conta os princípios jurídicos na fundamentação de suas decisões, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

A presença obrigatória de advogado nos processos administrativos disciplinares colocou o STJ em confronto com o STF. Stênio Ribeiro de Oliveira e Allan Alexandre Mendes Gonçalves discutem com profundidade essa controvérsia, de forma a permitir ao leitor um posicionamento isento em relação ao assunto.

A fraude fiscal já não pode mais ser considerada campeã dos crimes econômicos contra a sociedade, em razão das mais diversas formas de corrupção disseminadas em todos os escalões de governo. Todavia, está sempre a merecer atenção dos estudiosos. Edino Cezar Franzio de Souza elabora percuciente análise da fraude à lei no Direito Tributário, afirmando que somente se configura como prática ilícita do agente aquela viciada com dolo, falsidade ou má-fé. Seleciona o elemento abuso (de forma ou de direito) como divisor de águas entre o lícito e o ilícito.

Finalmente, esta edição contempla o instituto da mediação em importante artigo.

O ilustre Delegado de Polícia do Distrito Federal Dr. Leandro de Castro Folly trata da relevante contribuição que a mediação pode trazer à pacificação social e ao arrefecimento dos conflitos. Ressalta as iniciativas pioneiras implementadas pelo Ministério Público nos Estados e pela Defensoria Pública na utilização da mediação extrajudicial como alternativa à jurisdição. O autor destaca, ainda, a importância da mediação em matéria penal, mormente sua aplicação extrajudicial.

O Editor



Após 31 anos de magistratura, sendo 20 deles – completados no último dia 13 de junho – no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, pude constatar a evolução brasileira. Diante de causas oriundas dos mais remotos cantos do País, envolvendo diferentes temas, deparei com realidades cuja existência contraria o racional. Verifiquei o descaso com a vida humana, mediante comportamentos a mostrarem o interesse no lucro fácil, desconsiderada qualquer preocupação com o bem-estar do semelhante.

Em diversas ocasiões, estarecido com a difícil quadra que, sem pudor, escancarava-se diante de meus olhos, expressei preocupação com o momento vivido, com a inversão de valores, a perda de parâmetros e o abandono a princípios. Vi alguns dos piores prognósticos concretizarem-se, a ponto de, a pouco mais de um mês da realização das eleições, o noticiário veicular o atentado à vida do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe.

Onde estamos? Aonde vamos parar? As próximas gerações terão que futuro? Quais as opções para reverter a caótica situação das instituições brasileiras, especialmente as políticas?

A resposta decorre da conjugação de dois fatores: **educação e ética**. Conscientização em sentido abrangente. Integração dos cidadãos ao cenário nacional.

Educação num sentido amplo, puro, de aperfeiçoamento das faculdades físicas, intelectuais e morais do ser humano. Formação integral que permita profunda análise da conjuntura, conceda o essencial à correta tomada de decisões e propicie atuação profissional que abra horizontes à materialização do sonho de uma vida digna.

Ética suficiente a vencer as fraquezas inerentes à condição humana, a ter como básico o bem comum, deixando de lado o ilusório sucesso instantâneo, buscando a consagração de valores perenes.

No estágio em que nos encontramos, simples críticas são infrutíferas. A sociedade não é vítima, é autora. Necessário se faz que cada um, dando o melhor de si, contribua para o afastamento da impunidade, ainda que, num primeiro momento, possa parecer que se trata de uma luta contra moinhos de vento. O somatório de

forças dirigidas ao objetivo comum – revelando-se a importância, por exemplo, do voto, a implicar a escolha de representantes – acabará por extirpar o mal que consome o desenvolvimento do Estado e prejudica a formação do caráter de nossa juventude.

Somente fortalecendo os homens, serão fortalecidas as instituições. Somente potencializando as qualidades relacionadas ao desenvolvimento social – o respeito ao próximo, à coisa pública e ao povo brasileiro –, com real abandono de práticas desleais, poderemos voltar a crer na vitória da honra e da dignidade.

A percepção das coisas, das mazelas nacionais, e o inconformismo diante de certas práticas contrárias à coisa pública encerram a energia indispensável à vibração inerente à vida. Sem ela, tudo fica desprovido de sabor maior, tudo é monotonia, marasmo, nefasta acomodação. A todos incumbe atuar visando um País melhor.

Daí minha imensa alegria por estar com vocês nesta noite. Olhando cada um, caríssimos bacharéis, chego à conclusão de que o Brasil deixará o papel de aprendiz da democracia, passando ao de protagonista na difusão dos valores maiores da Justiça. Não lhes faltou ensino técnico de excelência nem noções de ética. Com certeza, daqui sairão os profissionais qualificados de que a Nação tanto precisa para atender às demandas do século XXI.

Em meio a rostos esperançosos, confiantes e determinados, surge o de Antonio Malva Neto. Muito jovem começou a prestar serviços no meu gabinete. Testemunhei seu crescimento pessoal e intelectual, decorrente do ávido desejo de galgar patamares mais elevados. Jamais esmoreceu. Jamais demonstrou cansaço. Jamais se esquivou de realizar, com qualidade, o que lhe foi pedido. Gratifica-me imensamente vê-lo hoje, no dia do próprio aniversário, alcançar tão significativa vitória!

Termino conclamando-os ao trabalho árduo, à incansável busca pelo aprimoramento, à opção determinada pela obediência ao direito posto, ao repúdio absoluto à corrupção, aos desmandos, à imoralidade. Que vençam a ética, a democracia e a Justiça!

Sejam imensamente felizes!

Muito obrigado.

**Ives Gandra da Silva Martins**

*Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIFIEO, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado Maior do Exército (ECEME) e Superior de Guerra (ESG).*

## ***Princípios constitucionais sobre direitos humanos***

Quando Ulisses Guimarães denominou a Constituição Brasileira de 1988 de “Constituição Cidadã” referia-se, evidentemente, à enunciação dos direitos expostos no Título II, Capítulo I, ou seja, à parte dedicada aos direitos e deveres individuais e coletivos, transcritos, principalmente, em seu artigo 5º.

Lembro-me quando, em 1991, escrevi artigo para o jornal “O Estado de São Paulo” (23/01/92), intitulado “O custo da Federação”, que o saudoso amigo ligou-me para manifestar sua concordância com as ideias nele expostas<sup>1</sup>. É que, se, de um lado, reconhecia que o texto supremo enunciava admirável elenco de direitos e garantias individuais, a par de alguns deveres, de outro lado, criara uma federação maior do que o PIB, com tal emaranhado de disposições assecuratórias de estrutura política e burocrática do Estado, que seria impossível colocar a federação brasileira dentro do nosso PIB.

Disse-me, na ocasião – e reiterou a afirmação, em palestra que proferiu, naquele ano, na FIESP, sobre parlamentarismo – que, se indicado para a Presidência dos trabalhos de Revisão Constitucional, procuraria formar uma Comissão de juristas, indicados por todos os partidos, e mais alguns, de sua livre escolha, e buscaria corrigir as distorções provocadas pelo tamanho da federação e da burocracia.

Sua morte em trágico acidente privou o Brasil de uma liderança incontestada e da revisão desejada, para corrigir as deformidades da federação criada pelo texto maior de 88.

No que concerne, todavia, aos direitos individuais e coletivos – cláusulas pétreas da lei suprema, por força do artigo 60, § 4º, inciso IV – nada poderia ser mudado<sup>2</sup>. De rigor, realmente, nada deveria ser modificado, por se tratar da melhor parte da Constituição e da melhor enunciação de direitos de todos os textos constitucionais que o Brasil já teve – devendo, todavia, ainda ser melhor examinado pelo Poder Judiciário que, muitas vezes, tem relativizado direitos fundamentais, como, por exemplo, a inviolabilidade do direito à vida<sup>3</sup>.

O certo, todavia, é que o leque das disposições constantes do art. 5º representa extraordinário avanço na formulação de princípios, de rigor, quase todos próprios do direito natural, ou seja, direitos que cabe apenas ao Estado reconhecer e não criar, por serem inerentes ao ser humano<sup>4</sup>.

De início, é de se ressaltar a relevância dos cinco direitos fundamentais, a saber: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Trata-se de direitos invioláveis e, apesar do que afirmam alguns juristas e magistrados, tal inviolabilidade – a não ser nas hipóteses previstas na Constituição – não podem ser relativizados.

A vida, por exemplo, começa na concepção como, de rigor, afirma o artigo 4º do Pacto de São José – tratado internacional sobre direitos fundamentais de que o Brasil é signatário –, representando a destruição de zigoto, embrião, feto ou do nascido, violação do direito à vida a que ele, ser humano, tem direito. Apenas, em caso de guerra pode se aplicar a pena de morte, única transigência admitida pelo constituinte<sup>5</sup>.

Fugindo, pois, das posições tidas hoje como “politicamente corretas”, sustentadas por bons juristas e dignos magistrados, entendo que as inviolabilidades dos cinco direitos só podem sofrer as exceções previstas expressamente pela própria Constituição, como no caso da função social da propriedade ou da pena de morte, em caso de guerra.

Os diversos incisos do artigo 5º reiteram os cinco princípios fundamentais. O inciso I explicita a igualdade entre homens e mulheres; o inciso II consagra o princípio da legalidade; o inciso III proíbe a tortura ou tratamentos degradantes; o inciso IV garante a livre expressão do pensamento, proibindo-se o anonimato.

Uma observação é de se registrar, todavia, em relação ao inciso IV: cada vez mais o denominado discurso do ódio, vem gerando exageros e preconceitos quanto à livre manifestação do pensamento, não só no Brasil como no mundo. Cite-se, por exemplo, projeto de lei que proíbe piadas sobre “gays”, ou a própria decisão do STF sobre livro a respeito do holocausto. Três ministros manifestaram entendimento de que a liberdade de expressão na análise de fatos históricos pode levar a interpretações incorretas desses fatos, devendo, todavia, ser tolerada (Moreira Alves, Marco Aurélio de Mello e José Celso), mas que restaram vencidos no julgamento que puniu o autor pela prática de racismo, na interpretação do holocausto.

Apesar de reconhecer a falta de embasamento na tese exposta pelo autor – visto que o “holocausto” existiu e é uma das páginas negras da história da humanidade –, não se pode inibir a reflexão sobre fatos históricos, por mais incorreta e infeliz que seja<sup>6</sup>.

O inciso, à evidência, tem sido relativizado no Brasil e no mundo.

O inciso V cuida do direito de resposta e de indenizações por dano material, moral ou à imagem; o VI trata da liberdade de consciência e de crença, assegurando-se a todos os que acreditam em Deus a garantia de seus cultos e proteção dos locais em que ocorrem. É de se lembrar que, segundo seu preâmbulo, a Constituição Brasileira foi promulgada “sob a proteção de Deus”, sendo o Estado Brasileiro um Estado composto de pessoas que acreditam em Deus e de pessoas que Nele não acreditam<sup>7</sup>. Ora, uma das mais infelizes interpretações do que seja “Estado Laico” ocorre quando governantes e detentores do poder pretendem excluir, de qualquer deliberação, as pessoas que acreditam em Deus, considerando que só os ateus e agnósticos teriam direito de dirigir, administrar e impor suas opiniões.

Em regime democrático, tanto os cidadãos que possuem crença religiosa, como os que não possuem têm direito de defender suas ideias, vencendo, nos pleitos democráticos, aqueles que obtiverem o maior número de votos. Estado laico não é Estado ateu ou agnóstico, mas Estado em que a maioria, independentemente de suas convicções, faça com que suas ideias prevaleçam, durante o tempo em que for maioria eleitoral. Sustentar que o Estado é laico, para impedir a manifestação dos que pensam de forma diferente, é discriminar quem acredita em Deus, o que a Constituição Federal proíbe<sup>8</sup>.

O inciso VII é decorrência do VI, visto que assegura a assistência religiosa às entidades civis e militares de internação coletiva. O inciso VIII garante que ninguém será privado de direitos por motivos religiosos, a menos que os invoque para deixar de cumprir obrigação legal, e não se disponha ao cumprimento de prestação alternativa prevista em lei.

O inciso IX é também decorrência do IV, por assegurar a livre expressão das atividades intelectuais, sem censura.

O inciso X assegura a privacidade e pune a sua violação; o XI garante a casa como asilo inviolável do indivíduo, salvo casos excepcionais; o inciso XII protege a inviolabilidade de dados, fazendo exceção apenas à escuta telefônica com autorização judicial.

Os três incisos, todavia, têm sido profundamente relativizados pelo Poder Judiciário, ao ponto de se ter autorizado, no ano passado (2007) 409.000 escutas telefônicas no Brasil. Repetidas vezes, em “operações cinematográficas” próprias de regimes totalitários, casas e escritórios foram invadidos, pessoas foram presas e depois soltas, sem que contra elas tenha sido oferecida denúncia, proposta ação penal ou tributária por falta de provas.

A relativização, com a convivência do Poder Judiciário, tem trazido maior insegurança jurídica do que na época do regime de exceção, como eu mesmo posso afirmar, na qualidade de advogado na área tributária, ou como sustentou Antonio Cláudio Mariz, em artigo para *O Estado de São Paulo* de 01/06/08, que advoga na área penal.

É necessário que o Poder Judiciário volte a adotar uma interpretação que valorize a Constituição, em relação a esses três incisos, e não que, pressionado muitas vezes pela mídia e pelo governo, autorize prisões provisórias ou denúncias sem elementos mais substanciais.

O inciso XIII assegura o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão<sup>9</sup>; o XIV, o acesso à informação e o resguardo de sigilo da fonte, para o exercício profissional.

O inciso XV determina que é livre a locomoção, no território nacional, em tempo de paz, qualquer pessoa podendo entrar e sair do País com seus bens.

Essa norma merece, entretanto, duas considerações. A primeira é que a denominada “lei de evasão de divisas”, para mim, é inconstitucional. Se o cidadão tem origem lícita, na sua declaração imposto sobre a renda, para determinados recursos, a Constituição assegura que possa enviá-los para fora do País. Se não tem, a questão, a meu ver, é exclusivamente tributária, isto é, deve pagar o tributo sobre os bens que tem e que não oferecera à tributação. Mas nunca, a meu ver, a lei poderia impedir que recursos lícitamente adquiridos sejam enviados para fora do País. Neste particular, como em outros, a Constituição tem sido violada, principalmente pelo governo, e não pelos cidadãos.

O segundo ponto diz respeito às terras indígenas. A meu ver, a lei que sujeita o direito de brasileiros de transitarem por terras indígenas à obtenção de autorização junto à FUNAI fere o inciso XV, pois exclui 15% do território nacional da liberdade de ir e vir do brasileiro ou de qualquer outra pessoa<sup>10</sup>.

Toda a legislação neste sentido é manifestamente inconstitucional. A liberdade de trânsito pelo território nacional prevalece inclusive em terras indígenas.

O inciso XVI assegura o direito à reunião; o XVII, o direito à associação; o XVIII, o direito a criar associações, companhias etc.; o XIX, que só a autoridade judicial pode dissolver associações; o XX, a liberdade de associação assegurando que ninguém pode ser obrigado a associar-se a uma entidade ou a ela permanecer associado.

Parece-me, pois, que neste direito está o de não se sindicalizar, não sendo, pois, obrigado a sustentar, mediante o pagamento de contribuições, entidade à qual não é associado. O inc. XXI assegura às associações o direito, mediante autorização, de representar seus associados.

Os incisos XXII, XXIII e XXIV cuidam do direito de propriedade, que é garantido, uma vez cumprida a sua função social, só sendo admitida a desapropriação de bens mediante justa e prévia indenização.

Todos os governos federativos são estupradores do inciso XXIV da Constituição, pois desapropriam e não pagam nem justa, nem prévia indenização. E quando condenados a pagar pelo Judiciário, dão reiterados calotes monetários, quando não, sem quaisquer escrúpulos, fazem aprovar emendas constitucionais para tornar letra morta a cláusula pétreia de “prévia indenização”, diferindo o seu pagamento por 10 anos.

Em matéria de moralidade pública, os precatórios não pagos pelo “Estado caloteiro” é clara demonstração de que o Estado brasileiro ainda está longe de chegar a um estágio mínimo de democracia<sup>11</sup>.

O inciso XXV trata do direito de requisição de bens privados, em caso de eminente perigo; o XXVI, de que a pequena propriedade é impenhorável; o XXVII assegura o direito de autor, o mesmo ocorrendo com o inciso XXVIII, quanto aos direitos coletivos, com o inciso XXIX, que trata do direito de inventos e propriedade industrial e o inciso XXX que garante o direito à herança. O XXXI cuida da sucessão, em relação a bens de estrangeiros situados no País, protegendo o herdeiro brasileiro; o inciso XXXII trata do direito do consumidor; o inciso XXXIII garante ao cidadão o direito de obter informações que o poder público possua a seu respeito; o inciso XXXIV assegura o direito de petição e de certidões sem pagamento de taxas; o XXXV assegura a apreciação, pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. A meu ver trata-se de interpretação pessoal: se um brasileiro for acusado em Corte Penal Internacional, nos termos do § 3º do art. 5º, poderá optar pelo julgamento no Brasil, descabendo a sua extradição para julgamento, se optar pelas Cortes brasileiras<sup>12</sup>.

O inciso XXXVI garante o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; o inc. XXXVII exclui juizes ou tribunais de exceção; o XXXVIII reconhece a instituição de júri, sob condições; o XXXIX não admite crimes e penas sem prévia cominação legal; o XL só admite a retroação penal para beneficiar o réu; o XLI assegura a punição de discriminações a direitos e liberdades fundamentais; o XLII pune o racismo com pena inafiançável; o inciso XLIII torna crimes inafiançáveis e sem benefício de anistia o narcotráfico e o terrorismo, o mesmo ocorrendo, como crime inafiançável, a formação de grupos civis ou militares armados. O inciso XLV não permite que a pena passe da pessoa do condenado, ainda que a obrigação de reparar o dano possa ser estendida ao sucessor até o limite do patrimônio transferido. O inciso XLVI cuida das hipóteses de individualização da pena, o XLVII

proíbe a pena de morte<sup>13</sup>, as de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento, e penas cruéis; o inciso XLVIII cuida dos estabelecimentos públicos para cumprilas; o inciso XLIX trata da integridade física e moral das pessoas; o inciso L assegura às presidiárias o direito de permanecer com seus filhos recém nascidos e amamentá-los; o LI proíbe a extradição de brasileiros, com exceções; o LII proíbe a extradição de estrangeiro por crime político; o LIII consagra a necessidade de que o processo e a sentença emanem de autoridade competente.

O inciso LIV trata do devido processo legal e está intimamente vinculado ao inciso LV, que assegura ao acusado ampla defesa administrativa e judicial. Ambos, com a conivência do Judiciário, são normas das mais violentadas. De rigor, no que concerne à ampla defesa, pelo menos os mesmos direitos que o cidadão tinha, em 5 de outubro de 1988, deveriam lhe ser assegurados. Em matéria tributária, todas as leis posteriores à CF de 88 foram editadas para reduzir tais direitos: lei de constrição de bens, penhora *on line*, redução dos direitos de defesa administrativa, inclusão do nome do devedor no CADIN e Serasa para inviabilizar sua vida pessoal ou empresarial – fora os demais projetos em andamento, para transformar o Procurador-geral da Fazenda Nacional em magistrado, com competência para penhorar e leiloar os bens do contribuinte, sem necessidade de processo judicial – a não ser 30 dias após o leilão, quando for comunicada ao Poder Judiciário a providência já tomada de apropriação dos bens do contribuinte presumivelmente considerado devedor do Fisco, quase sempre em ações de duvidosa legalidade<sup>14</sup>.

Na área penal, a prisão provisória sem processos iniciados, tem representado sensível redução do direito de defesa, principalmente pelo fato de que as autoridades públicas e o Ministério Público quase sempre pedem a prisão baseados em trechos pinçados e fora do contexto de conversas telefônicas, muitas vezes, possivelmente, editadas.

O inciso LV é, talvez, o mais desvalorizado dos princípios constitucionais consagrados pelo constituinte de 88.

O inciso LVI proíbe a utilização de provas obtidas ilicitamente; o LVII não permite considerar ninguém culpado antes do trânsito de julgado de qualquer decisão, muito embora, nas prisões provisórias e preventivas, o cidadão já o seja, pelas autoridades que pediram e concederam a medida privativa da liberdade. É dispositivo cuja aplicação que mereceria melhor análise, visto que o clima de “terror”, criado pelas escutas telefônicas autorizadas, não se compara com o existente ao tempo do regime de exceção imposto pelos militares.

O inciso LVIII não permite que se submeta à identificação criminal aquele que estiver civilmente identificado, salvo exceções; o LIX admite ações privadas

em crimes de ação pública; o LX permite o sigilo, em determinadas hipóteses, afastando a publicidade dos atos processuais. O inciso LXI não autoriza prisão, senão em flagrante delito ou por ordem escrita, havendo exceção para os crimes militares; o LXII impõe que seja comunicado à família do preso sua prisão e local em que se encontra; o inciso LXIII declara que o preso tem o direito de ser informado de seus direitos, garantindo-se a faculdade ao silêncio, à assistência da família e de advogado; o inciso LXIV garante o direito do preso a conhecer a identidade de seus acusadores; o inciso LXV, o direito de relaxamento da prisão, quando ilegal, assim como o inciso LXVI não permite que ninguém fique preso se a lei permitir liberdade provisória, com ou sem fiança.

O inciso LXVII proíbe a prisão civil por dívida, exceção feita à pensão alimentar ou do depositário infiel<sup>15</sup>.

Os incisos LXVIII até o inciso LXXII cuidam de medidas processuais, judiciais, expressamente constitucionalizadas. São todas de controle difuso. Tratam, de rigor, do processo civil e penal, com instrumentos judiciais constitucionalizados.

O primeiro deles, o LXVIII assegura o “habeas corpus”, e o LXIX, o mandado de segurança.

Os dois institutos vêm das Constituições anteriores, sendo que o desdobramento do “habeas corpus” e do mandado de segurança, no que concerne ao primeiro, quanto às ameaças à liberdade ou prisões ocorridas, e o segundo, à violação de direitos líquidos e certos por autoridades, deram-se a partir da Constituição de 1891.

A inovação reside no mandado de segurança coletivo (inc. LXX), que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por órgão sindical ou entidade de classe ou associação. À evidência, alargou-se o direito do cidadão de se proteger contra atos de lesão a seu direito, praticados por autoridades.

O mandado de injunção, previsto no inciso LXXI é novidade e objetiva a edição de normas para tornar eficaz a aplicação imediata de disposições relevantes da lei suprema, em situações concretas, fazendo com que não permaneçam com eficácia meramente programática. E o “habeas data” (inc. LXXII) é instrumento processual que permite ao cidadão obter certidão das informações que as autoridades possuam a seu respeito, inclusive para retificar dados que estejam incluídos nos cadastros governamentais<sup>16</sup>.

A ação popular (inciso LXXIII) é instrumento constitucional à disposição de qualquer cidadão, objetivando preservar a moralidade pública, o meio-ambiente ou patrimônio histórico e cultural.

O inciso LXXIV garante assistência jurídica integral e gratuita aos carentes; o inciso LXXV assegura a indenização por parte do Estado, por erro judicial. O inciso LXXVI determina que o registro civil de nascimento e a certidão de óbito sejam gratuitos aos pobres, assim como o LXXVII, a gratuidade do “habeas corpus” e do “habeas data”, quando necessários ao exercício da cidadania.

Por fim, o inciso LXXVIII assegura – em termos, porque na prática não é o que ocorre – a celeridade processual, sendo a expressão “razoável duração” uma expressão lírica, colocada na lei suprema e que não corresponde à realidade dos fatos<sup>17</sup>.

Por fim, o § 1º garante a aplicação imediata das normas constitucionais relativas a direitos e garantias individuais, que constitui também norma pragmática, porque muitos deles não têm sido assegurados, e sim reduzidos pela lei (inciso LV) e pela jurisprudência.

O § 2º acrescenta que há outros direitos e garantias individuais assegurados na Constituição como, por exemplo, os relativos às limitações ao poder de tributar (art. 150) e os que derivam de tratados internacionais incorporados à Constituição.

Como o STF declarou que os tratados internacionais ingressam, no direito pátrio, em nível de lei ordinária, a E.C. n. 45, declarou, em 2005, que aqueles direitos, que, a meu ver, já constituíam parte da Constituição, deixaram de sê-lo, a não ser que venham a ser aprovados por 3/5 das duas Casas Legislativas, em dois turnos. Há aparente contradição na dicção dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal<sup>18</sup>.

Finalmente, o § 4º declara que o Brasil se submete ao Tribunal Penal Internacional, matéria não pacífica na doutrina pátria, entendendo eu que qualquer brasileiro poderá escusar-se a julgamento no Tribunal Internacional e exigir seja julgado no Brasil, sob pena de lesão ao seu direito de defesa, à luz do inciso XXXV.

Em linhas gerais, são estes os principais direitos e garantias fundamentais da Constituição Brasileira.

## Notas

<sup>1</sup> “Desta forma, o brasileiro é obrigado, com seus tributos, exigidos pelas três esferas, a sustentar sua administração pública, além de cinco mil Poderes Executivos, cinco mil Poderes Legislativos e 27 Poderes Judiciários, que compõem os cinco mil entes federativos do País. E todo o drama nacional reside em que, apesar de a carga tributária em nível de produto privado bruto – isto é, do pagamento de tributos pela sociedade não governamental – ser a mais elevada do mundo (60% do PIB), é insuficiente

para sustentar o custo político de uma Federação disforme, em que uns dos Estados (Acre) tem menos população (393 mil habitantes) que o bairro de São Miguel Paulista, em São Paulo” (“Na imprensa... coletânea de artigos (1987-2005)”, Editora do Brasil, São Paulo, 2005, p. 67).

<sup>2</sup> O inciso IV do § 4º do art. 60 da C.F. está assim redigido: “Art. 60..... § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:..... IV – os direitos e garantias individuais”.

<sup>3</sup> Na ADIN n.3510-0/600, o STF permitiu que seres humanos na forma embrionária fossem sacrificados – e até agora sem nenhum resultado prático – para pesquisas, objetivando curar moléstias ou deficiências físicas naturais ou decorrentes de traumas.

<sup>4</sup> Escrevi: “René Cassin, principal autor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esclareceu que “não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos” (“Human Rights since 1945: An Appraisal”, The Great Ideas, 1971, Ed. Britannica, p. 5).

<sup>5</sup> O artigo 4º, intitulado “Derecho à vida”, na edição castelhana, está assim redigido: “Artículo: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente” (*Textos internacionales de Derechos Humanos, Ed. EUNSA, Pamplona, 1978, p. 597*).

<sup>6</sup> H.C. n. 82.424/RS, Caso Ellwanger.

<sup>7</sup> O preâmbulo da Constituição Federal está assim redigido: “**PREÂMBULO** – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, **sub a proteção de Deus**, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifos meus).

<sup>8</sup> O inciso IV do artigo 3º tem a seguinte dicção: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:..... IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**” (grifos meus).

<sup>9</sup> Celso Bastos ensina: “O acesso à informação ganha uma conotação particular quando é levado a efeito por profissionais, os jornalistas. Nesse caso, a Constituição assegura o sigilo da fonte. Isso significa que nem a lei nem a Administração nem os particulares podem compelir um jornalista a denunciar a pessoa ou o órgão de quem obteve a informação. Trata-se de medida conveniente para o bom desempenho da atividade de informar. Com o sigilo da fonte ampliam-se as possibilidades de recolhimento de material informativo. Sem embargo, essa regra há de ser entendida em companhia com o preceituado no início do dispositivo, isto é: com a proibição do anonimato. Desaparecida a fonte, há de emergir necessariamente a figura do próprio jornalista que transmite a informação, O que não é de admitir é que este possa irresponsabilizar-se pessoalmente mediante a invocação de uma fonte que contudo ele não revela, calçado na própria Constituição” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, Ed. Saraiva, 2004, p. 91).

<sup>10</sup> Escrevi: “O Governo Federal, segundo noticiou *O Estado de São Paulo*, pg. A7 da edição de 20/04/05, reservou 599 mil hectares do território nacional para o fantástico número de 876 – repito 876 – índios. A distribuição é a seguinte: 224 índios Kokamas receberão 61 mil hectares na reserva de São Sebastião; 121 índios kokamas receberão 33,8 mil hectares no Espírito Santo; 302 índios xapixanos e nakixis receberão 13 mil hectares na reserva de Tabalascada; 198 índios guajás receberão 116,5 mil hectares em Awá; e 31 índios Carajás receberão 375 mil hectares em Maranduba.

Como cada hectare tem 10.000 mil metros quadrados, multiplicando 599.000 mil hectares por 10.000, receberão eles 5.990.000.000 m<sup>2</sup>; ou seja, 876 índios receberão 5 bilhões e novecentos e noventa milhões de metros quadrados do território nacional, passando a ser titulares destas terras como constituindo povos diferentes dos brasileiros, não podendo ser perturbados, nem suas terras vistoriadas pelas polícias estaduais. Apenas a União pode protegê-los contra o inimigo público numero um, que, na visão do Presidente Lula, são os fazendeiros do país, dada a sua manifesta antipatia pelo segmento dos produtores rurais. Declarou, quando da outorga destes quase 6 bilhões de metros quadrados aos indígenas, que ele, Presidente, teria de “cuidar para não permitir que depois de demarcada sua terra, não fossem os índios afrontados por fazendeiros que poluem rios e derrubam matas”!!!” (“Na imprensa... coletânea de artigos (1987-2005)”, ob. cit. p. 315).

<sup>11</sup> O artigo 78 do ADCT consagra tal imoralidade administrativa estando assim redigido seu “caput”: “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)”.

<sup>12</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona: “Controle judiciário. O princípio da legalidade, como já se disse (v. os comentários ao inc. II deste artigo), é a base do Estado de Direito. O que ora se comenta é a sua garantia. Assegura que, em cada caso em que se manifeste lesão a direito individual, de qualquer espécie, o Judiciário dirá a última palavra e, como é sua função, aplicará a lei. Sempre esta, portanto, prevalecerá (v. meu *Estado de direito e Constituição*, cit., p. 30 e s.).

A importância prática do preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio. Profbe, pois, que certas decisões do Executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do Judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e

burocratas. Por isso, com muita justiça, disse Pontes de Miranda que a menção expressa deste princípio, feita pela primeira vez na Constituição de 18 de setembro (art. 141, § 4.º), “foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946” (Comentários à Constituição de 1946, cit., t. 5. p. 108; cf. sobre a matéria, nosso Curso de direito constitucional, cit., p. 245)” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, 2000, p. 54).

<sup>13</sup> A hipótese de pena de morte pode ser aplicada durante guerra, nos termos do artigo 84, inciso XIX, assim redigido: “XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

<sup>14</sup> Escrevi: “**CONSIDERAÇÕES SOBRE O ANTEPROJETO DE EXECUÇÃO FISCAL:** Na última reunião do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP, discutiu-se o texto, divulgado pela imprensa, do anteprojeto preparado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, para reformular a lei de execução fiscal. Tal projeto prevê, ainda na fase administrativa, construção dos bens do contribuinte, com execução provisória, para depois, em 30 dias, encaminhar a dívida inscrita para conhecimento e medidas junto ao Poder Judiciário.

Manifestaram-se, na reunião, os conselheiros Everardo Maciel, Yvette Senise, Ney Prado, Hamilton Dias de Souza, Marilene Talarico Martins Rodrigues e eu mesmo, todos pela inconstitucionalidade do referido texto. Foi levantada, inclusive, a hipótese, se aprovado o texto pelo Congresso, de a OAB, pelo seu Conselho Federal, ingressar com ação direta de inconstitucionalidade, além de promover o desligamento dos procuradores da Fazenda Nacional dos quadros da instituição, em face da incompatibilidade entre o exercício da advocacia e a assunção de funções próprias da magistratura, na execução provisória.

Argumento, todavia, que impressionou, foi apresentado pelo Conselheiro Everardo Maciel – apoiado por todos os seus pares presentes, sem exceção, à luz de provocação lançada por Hamilton Dias de Souza – segundo o qual, ao vincular, umbilicalmente, o processo judicial ao processo administrativo, a lei que viesse a ser aprovada feriria duramente o pacto federativo. É que a Constituição oferta à União competência exclusiva de legislar sobre direito processual. Porém, cabe a Estados e Municípios competência legislativa para disciplinar o processo administrativo fiscal, no âmbito de sua competência tributária, em face da autonomia administrativa que possuem. Ora, como, pelo referido anteprojeto, é impossível a execução fiscal em juízo, sem os atos de construção provisória e prévia, no âmbito exclusivo do processo administrativo, estaria a União a impor a disciplina desse processo a Estados e Municípios, que têm, nesta matéria, competência exclusiva.

O ferimento da autonomia dos demais entes da Federação macula de tal forma o processo “administrativo-judicial” proposto pela PFN que, no entender de todos os Conselheiros, fará surgir – caso venha a ser aprovado – lei maculada pelo mais grave vício legislativo, que é a inconstitucionalidade.

*O alerta da CSD da Fecomercio-SP será levado ao Ministro da Fazenda e ao Presidente da República, para que reflitam sobre a matéria, antes de encaminhar ao Congresso Nacional proposta que já nasce comprometida, pelas falhas atrás enunciadas”* (Gazeta Mercantil, 14/05/08).

<sup>15</sup> Pinto Ferreira lembra que: “A prisão civil é admissível em duas hipóteses: a) inadimplemento voluntário de obrigação alimentar; b) infidelidade do depositário.

A locução constitucional prisão civil distingue-se da prisão penal, devem ser entendidas diferentemente. Aquela é um meio compulsório de execução, enquanto esta resulta de uma infração penal. A prisão civil não decorre necessariamente de um ilícito penal, não apresenta o caráter de pena e, destarte, não é passível de detração de pena (CP, art. 42).

*Atualmente a legislação dos povos civilizados não admite a prisão por simples dívida, como acontecia antes. A prisão civil existe desde a Antiguidade, e já o Código do Rei*

Hammurabi fazia referência ao devedor por crédito em dinheiro ou grãos. O Código de Manu também aludia a ela” (Comentários à Constituição Brasileira, 1º vol., Ed. Saraiva, 1989, p. 195).

<sup>16</sup> José Cretella Jr. ensina: “Do mesmo modo que o “mandado de injunção” e o “mandado de segurança coletivo” são criações originais da Carta Política de 1988, assim também se verifica com o “habeas data”, pela primeira vez cogitado em nosso direito, agora, em 1988, mediante regra jurídica constitucional, expressa. Analogamente ao “habeas corpus”, a expressão “habeas data” é formada do vocábulo “habeas”, já analisado, quando tratamos do “habeas corpus” e de “data”, acusativo neutro plural de “datum”, da mesma raiz que o verbo latino “do, das, dedi, datam, dare-dar, oferecer, presentear”. “Datum”, singular de “data” é empregado por Propércio, nas Elegias, Livro III, Elegia 15, verso 6: “nullis capta Lycina datis” e por Ovídio, nas Metamorfoses, Livro VI, verso 363, ambos com o sentido de “presentes”, “donativos”, “ofertas” e não com o sentido de “dados”. Os dicionários de língua inglesa traduzem “datum”, plural “data”, por “facts”, “things certainly known”: “known or available”. Em português, o “data” é traduzido por “documentos”, “dados” (comum na linguagem da informática: processamento de dados). “Dados” são “informações”, que constam de arquivos, de bancos de dados. “Informações relativas às pessoas, constantes de registros ou bancos são: DADOS”. Assim, “habeas data”, ao pé da letra significa, num paralelo com o que dissemos sobre o “habeas corpus”: “toma os dados que estão em teu poder e entrega-os ao interessado.” Ou: “fornece ao interessado impetrante, mediante certidão, todos os dados ou documentos que se encontram em teu poder para que possa ele defender seus direitos, em juízo” (Comentários à Constituição 1988, II vol., Forense Universitária, 1989, p. 766).

<sup>17</sup> A EC n. 45/05 objetivou dar maior celeridade à discussão judicial com a introdução dos instrumentos da súmula vinculante e da repercussão geral.

<sup>18</sup> Os §§ 2º e 3º do art. 5º da C.F. estão assim redigidos: “§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004”.

## Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, São Paulo: Saraiva, 2004.

CASSIN, René. Human Rights since 1945: An Appraisal. In: *The Great Ideas*, Britannica, 1971.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988*, II vol., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1. São Paulo: Saraiva 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Considerações sobre o anteprojeto de execução fiscal. In: *Gazeta Mercantil*, 14/05/2008.

\_\_\_\_\_. *Coletânea de artigos 1987-2005*. São Paulo: Editora do Brasil, 2005.

PINTO FERREIRA, Luís. *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. In: *Textos internacionais de Derechos Humanos*. Pamplona: Ed. EUNSA, 1978.

### **Resumo**

O autor pontua os grandes avanços empreendidos pela Carta Magna de 1988, a qual estabeleceu um título próprio para os direitos e garantias fundamentais, além de ter ampliado substancialmente a sua abrangência. Por derradeiro, é feita uma análise do artigo 5º.

Palavras chaves: Direitos e garantias fundamentais – Carta Magna de 1988.

### **Abstract**

The author points out the great advances made by 1988's Magna Carta, which established a proper title for the fundamental rights and guarantees, and has substantially expanded its scope. Finally, a deep analysis is made of Article 5.

Key words: Fundamental rights and guarantees; 1988's Magna Carta.



**Stênio Ribeiro de Oliveira**

*Advogado, mestre em Direito, professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional.*

**Allan Alexandre Mendes Gonçalves**

*Bacharel em Ciência Contábeis, especialista em Contabilidade Pública, Técnico Orçamentário do Ministério Público da União.*

***Súmula Vinculante  
nº 5: a falta de defesa  
técnica por advogado  
no processo  
administrativo não  
ofende a constituição***

Desde o alvorecer do Estado Democrático de Direito, com os chamados direitos de primeira geração, até os dias atuais, vem se buscando garantir direitos aos indivíduos que possam protegê-los da ação Estatal, no gozo de seus direitos.

Entre as principais garantias conferidas aos indivíduos estão os princípios do contraditório e da ampla defesa, albergados no texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, assegurados tanto na esfera judicial, como na administrativa.

Nesse sentido, o processo administrativo, regulado na esfera federal pela Lei nº 9.784/99, reveste-se de importância constitucional, pois é por intermédio dele, e em seu bojo, que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa se apresentam, conforme se expressa Oliveira!:

A outorga de relevância ao procedimento administrativo é corolário inseparável da consagração do Estado Democrático de Direito, pautado na cidadania e na dignidade da pessoa humana [...]. Serve o mesmo de instrumento primordial de controle interno e externo da forma como se exerce a função administrativa, bem como de pressuposto inequívoco do bom desempenho desta função, na cura dos interesses públicos que lhe são impostos a implementar.

Ainda mais relevantes se tornam esses princípios no processo administrativo disciplinar, espécie do gênero processo administrativo, pois neste podem ser aplicadas penalidades aos servidores públicos, podendo resultar inclusive na demissão.

Assim, com intuito de assegurar tais princípios no PAD, o Poder Judiciário, em reiteradas decisões, galgou entendimento sobre a obrigatoriedade de defesa técnica no processo disciplinar, posicionamento que foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme súmula nº 343: é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Contudo, tal entendimento foi modificado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que entendeu não haver essa necessidade de defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar necessariamente por advogado, com a edição da Súmula Vinculante nº 5, em 7 de maio de 2008: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição.

Por se tratar de uma súmula vinculante, instituição trazida para o ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45, a referida súmula editada trouxe efeitos vinculantes à Administração direta e indireta e órgãos do Poder Judiciário.

Destarte, o que já vinha sendo objeto de debate ganhou impulso, tendo em vista a possibilidade de tal ausência estar atingindo preceitos constitucionais, como os princípios da ampla defesa e o contraditório, conforme se expressa Dantas<sup>2</sup>:

No que tange especificamente à súmula vinculante nº 05, não se poderia compreender pela supressão ou minoração dos direitos fundamentais provenientes do devido processo legal? Poderia o magistrado, em ação mandamental de reintegração no cargo proposta pelo servidor entender prejuízo para a defesa do acusado pelo desconhecimento técnico das normas legais?

Desde a inserção das súmulas vinculantes, grande discussão doutrinária vem sendo levantada quanto à inconstitucionalidade de sua edição, uma vez que limitam a compreensão do magistrado na interpretação da lei ao caso concreto, violando, deste modo, o princípio constitucional do livre convencimento motivado.

Assim, o âmago da questão repousa na indagação de se a ausência de defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar estaria ferindo a Constituição e seus princípios.

De maneira geral, pode-se definir o processo como o conjunto de atos realizados com o intuito de atingir os finalidade definida. Como ensina Di Pietro<sup>3</sup>, o processo “se apresenta como uma série de atos coordenados para realização dos fins estatais”.

Ao contrário da associação comum de relacionar o conceito de processo com aquele exercido apenas na função jurisdicional, este é tão-somente uma de suas espécies, havendo na realidade classicamente três modalidades de processo, que são ligadas intimamente às funções exercidas pelo Estado, conforme ensina Carvalho Filho<sup>4</sup>,

[...] calcadas na célebre teoria da separação de Poderes, concebida por MONTESQUIEU, como sendo a legislativa, a jurisdicional e a administrativa, pode-se classificar os processos jurídicos em três grupos, cada um deles correspondendo ao exercício de uma dessas funções.

Há, no entanto, doutrinadores que insistem em nominar o processo administrativo como procedimento, por entenderem que a alcunha processo só seria possível na esfera judicial, como explica Dantas<sup>5</sup>:

No âmbito da doutrina brasileira, existe grande dissenso em derredor da adequada terminologia a ser aplicável ao exercício da função administrativa. Assim é que, tal como na esfera judicial, busca-se o emprego da expressão “processo administrativo”, em evidente alusão ao “processo judicial”. Em defesa de tal denominação, os doutrinadores expõem que a terminologia “processo” transcende ao direito processual, estando no campo da Teoria Geral do Direito e podendo ser empregada sempre que se trate de expressão de legítimo exercício de poder, sendo irrelevante tratar-se da esfera judicial, administrativa, legislativa ou política.

Contudo, conforme elucida Carvalho Filho<sup>6</sup>, apesar da utilização indiscriminada dos termos, os institutos são distintos e ambos se aplicam à esfera administrativa:

[...] são diversos os institutos. Procedimento administrativo é o meio, ora rígido, ora flexível, pelo qual se desenvolvem os atos, os fatos, e as atividades constantes do processo administrativo. Ao revés, o processo administrativo reflete uma relação jurídica entre pessoas governamentais e privadas em que ressaí o objetivo da atividade estatal – um ato ou uma conduta administrativa.

Assim, o processo administrativo deve ser visto, conforme afirma Mello<sup>7</sup>, como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”. E que o processo administrativo, conforme acrescenta Carvalho Filho<sup>8</sup> é,

[...] o instrumento formal, que vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela Administração Pública.

Inegavelmente, o processo administrativo se apresenta como uma das espécies de processo existente, porém, outra questão é a perenidade de sua decisão, uma vez que o sistema jurídico brasileiro foi o da jurisdição única, ou seja, todos os processos podem ser levados ao judiciário para final apreciação de sua legalidade.

Ressalte-se, no entanto: mesmo o judiciário não tem o condão de analisar questões referentes ao mérito administrativo, devendo limitar-se ao exame da legalidade dos atos praticados pelos gestores públicos.

A despeito da importância do instituto para a estrutura e funcionamento da máquina pública, havia até meados do ano de 1999 uma lacuna no ordenamento jurídico, ao não estabelecer uma lei contendo normas gerais, que pudessem tratar de forma integrada e homogênea o processo administrativo.

Essa omissão legislativa resultou na adoção de diversas práticas nas inúmeras entidades e órgãos que compõem a Administração Pública brasileira, trazendo insegurança jurídica tanto para administradores públicos quanto para administrados.

Nesse intuito, foi editada na esfera federal a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a fim de reger as regras gerais aplicáveis ao processo administrativo federal, consolidando os entendimentos sobre o assunto, como afirma Alexandrino<sup>9</sup>: esta lei “trouxe para o direito positivo, inúmeros preceitos e princípios que, antes, encontravam-se sistematizados, precipuamente, pela doutrina e, também, em muitos casos, pela jurisprudência”.

Como afirma Di Pietro<sup>10</sup>, a Lei, em comento, coloca “no direito positivo conceitos, regras, princípios já amplamente defendidos pela doutrina e jurisprudência”, e “define algumas questões controvertidas”, visando à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração Pública. Em seu texto, pode-se identificar normas sobre “princípios da Administração Pública, direitos e deveres do administrado, competência, impedimentos e suspeição, forma, tempo, lugar dos atos do processo, comunicação, instrução, decisão, motivação, anulação, revogação e convalidação, recursos administrativos e prazos”.

Nos termos da lei, suas disposições devem ser aplicadas no âmbito da Administração federal direta e indireta, bem como, aos demais órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, na prática de funções administrativas.

Alexandrino<sup>11</sup> ensina serem cinco os princípios orientadores do processo administrativo na esfera federal: legalidade objetiva, oficialidade, informalismo, verdade material, contraditório e ampla defesa.

A legalidade objetiva se refere à questão de o administrador público ser impelido a praticar estritamente os atos previstos em lei; assim, “inexistindo norma legal que o preveja, ou sendo conduzido contrariamente à lei, nulo é o processo”, como expõe Alexandrino<sup>12</sup>.

Quanto ao princípio da Oficialidade, este importa que a realização e a continuidade dos atos no processo administrativo sejam dadas pela Administração Pública, conforme dispõe Alexandrino<sup>13</sup>, de que é “sempre à Administração Pública que compete a movimentação do processo administrativo, ainda que inicialmente provocado por particulares”.

O princípio do informalismo informa que os atos praticados, principalmente pelos administrados, não necessitam de maiores formalidades em sua realização, como explica Alexandrino<sup>14</sup>; os atos no processo administrativo “não exigem formalidades especiais, bastando que sejam estas suficientes para assegurar a certeza jurídica e segurança processual”.

Na verdade material, o processo não deve se ater apenas nos dados e informações constantes dos autos, indo além, para analisar na realidade como os fatos ocorreram, como ensina Alexandrino<sup>15</sup>: “no processo administrativo importa conhecer o fato efetivamente ocorrido”.

Por fim, em relação aos princípios do contraditório e da ampla defesa serão melhor analisados em tópico posterior, por ser questão chave deste estudo.

Quanto à sua aplicabilidade, temos que observar que na Lei nº 9.784/99, por ser uma lei de regras gerais, seus preceitos devem ser aplicados subsidiariamente aos processos administrativos específicos, regidos em leis próprias, como é o caso do Processo Administrativo Disciplinar – PAD, regido na esfera federal pela Lei nº 8.112/90, sendo que essa aplicação é utilizada constantemente, pois como já apresentado nos parágrafos anteriores, a lei contempla em seu texto disposições que até então não estavam positivadas.

Para cumprir suas funções constitucionais e legais, a Administração Pública possui poderes que lhe foram conferidos, conforme analisa Braz<sup>16</sup>:

Para o desempenho de suas atividades, visando o interesse público, a Administração é dotada de poderes instrumentais que garantem pleno desempenho das atribuições que lhe são legalmente definidas.

[...]

Tais poderes classificam-se em poder de polícia, poder hierárquico, poder disciplinar, poder discricionário e poder regulamentar, que se vinculam aos princípios informativos da Administração.

Assim, são cinco esses poderes: poder de polícia, poder hierárquico, poder disciplinar, poder discricionário e poder regulamentar.

Dentre esses poderes, o disciplinar cuida da responsabilidade do servidor público por seus atos frente à Administração Pública, em decorrência da hierarquia a que esse se submete, conforme ensina Di Pietro<sup>17</sup>: o “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos”.

Há duas formas previstas para apuração de infrações disciplinares no serviço público, a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar, conforme explica Mello<sup>18</sup>: “as distintas penalidades administrativas são aplicáveis tão somente após um procedimento apurador [...], que será a sindicância ou, obrigatoriamente, o processo administrativo”, nos termos da lei. A sindicância e o PAD são regidos pelos artigos n.ºs. 143 a 182 da Lei n.º 8.112/90.

A sindicância é utilizada na aplicação de infrações menos graves, constituindo meio mais célere de apuração, das quais possam resultar penalidades de advertência ou de suspensão de até 30 dias.

Além disso, poderá no final dos procedimentos da sindicância ser arquivado o processo ou a instauração do PAD.

Contudo, apesar de ter como um de seus corolários a instauração do PAD, este não será obrigatoriamente precedido da sindicância, podendo ser imediatamente instaurado, conforme ensina Braz<sup>19</sup>:

Tenha-se presente que a sindicância não é pré-requisito de processo administrativo disciplinar, podendo a autoridade, dependendo da gravidade da infração, decidir pela sua imediata instauração, ainda que desconhecida a autoria.

Por outro lado, o Processo Administrativo Disciplinar pode ser entendido como conjunto de atos que tem como objetivo averiguar a responsabilidade de servidor público sobre atos atentatórios ao Poder Público e seus princípios, sendo sintetizado por Costa<sup>20</sup> da seguinte forma: “trata-se do meio pelo qual a Administração Pública apura e pune faltas graves dos servidores públicos e de outros agentes públicos”.

O processo administrativo disciplinar é espécie do gênero processo administrativo, que é regido na esfera federal pela Lei nº 9.784/99, representando uma das formas mais complexas de processo administrativo, sendo o que mais se aproxima do processo judicial, conforme afirma Costa<sup>21</sup>:

Em virtude de ser o que mais se aproxime do processo judicial, com seus ritos e audiências, vem a ser o mais complexo [...]. No entanto, não se trata de conceitos idênticos, pois o processo disciplinar é uma espécie do gênero processo administrativo.

Na mesma linha, Mello<sup>22</sup> afirma que este é “instrumento de compostura mais complexa, é um procedimento apurador, desde logo instruído pelos autos da sindicância e obediente ao princípio da ampla defesa”.

O PAD é disciplinado na União pela Lei nº 8.112/90, sendo obrigatório na aplicação de penalidades de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada e no caso de suspensão superior a 30 dias, nos termos do artigo nº 146.

O processo disciplinar tem início com um ato da autoridade competente que designa uma comissão, composta por três servidores públicos estáveis, sendo que o presidente da comissão deve ter nível superior ou pelo menos nível igual ou superior ao do acusado.

O PAD irá se processar nas seguintes fases: a instrução, a defesa, o relatório e a decisão.

Na fase de instrução, serão produzidas as provas e apurados os fatos, regendo-se, como afirma Di Pietro<sup>23</sup>, pelos “princípios da oficialidade e do contraditório”, pois à comissão cabe dar seguimento ao processo independente de provocações, e garantir ao indiciado o conhecimento de todos os atos praticados e a possibilidade de contraditá-los.

Ao cabo da instrução, será disponibilizado ao indiciado vistas do processo para que, no prazo legal, apresente defesa escrita, a qual deverá ser analisada pela comissão que emitirá o seu relatório, concluindo pela procedência ou não da acusação.

Esse relatório, de caráter opinativo do relatório, será encaminhado à autoridade competente do órgão que decidirá o pleito com sua convicção.

Por fim, entendendo a autoridade pela procedência das acusações, deverão ser aplicadas ao servidor público penalidades disciplinares, dentre as previstas no artigo 127, da Lei nº 8.112/90: advertência, suspensão, demissão, cassação de apo-

sentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

O contraditório e a ampla defesa, além de se estenderem por todos os ramos do direito pátrio, são detectados por todo o direito comparado, ao longo da história. A sua compreensão caminha juntamente com a noção de uma sociedade justa e democrática.

Moraes<sup>24</sup> conceitua da seguinte maneira o que significam esses princípios:

[...] por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a conduta dialética do processo [...].

Como se observa, ambos os princípios não podem ser confundidos, conforme ensina Costa<sup>25</sup>,

[...] a contrariedade do processo, tornando o procedimento numa rua de mão dupla, impõe a desenvoltura de uma relação processual sob o influxo de uma movimentação dialética [...] o contraditório é o princípio vestibular e pressuposto da ampla defesa, embora distinga-se deste por ser mais abrangente [...].

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, é assegurado aos litigantes em processo judicial ou administrativo e, aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, não apenas esses princípios norteiam todos os processos judiciais, mas também na esfera administrativa, no caso dos Processos Administrativos. Elucida Mello<sup>26</sup>: é necessário que a Administração Pública “antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de ampla defesa”.

Destaca-se que a necessidade da Administração de observar o contraditório e a ampla defesa não se restringe apenas nas relações com os administrados, mas também com seus próprios servidores, quando da aplicação de penalidades.

Conforme afirma Di Pietro<sup>27</sup> “o servidor responde administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária [...]”, no caso as infrações estão definidas na Lei nº 8.112/90, sendo que,

[...] infração será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar procedimento adequado a esse fim, assegurando ao servidor o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do artigo 5º, inciso LV da Constituição.

Costa<sup>28</sup> afirma que

[...] consoante o princípio da ampla defesa, nenhuma infração disciplinar, por mais leve que seja, poderá ser imposta sem que o respectivo procedimento apuratório assegure, ao servidor imputado, o necessário espaço para o exercício do mais irrestrito direito de defesa.

Dessa forma, a lei assegurou ao PAD, em toda sua extensão, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, outra questão emerge amplamente discutida. É se haveria a necessidade ou não da presença do advogado no processo disciplinar.

Em todas as etapas em que se desenvolve o PAD, a lei assegura expressamente, em diversos artigos, ao acusado a ampla defesa, como nos termos do art. 143 da Lei nº 8.112/90: “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

Por consequente, a necessidade do contraditório e da ampla defesa não significa que a presença do advogado seja obrigatória em todos os processos administrativos, uma vez que nem todos suscitam matéria complexa ou penalidade grave, que ensejem a participação do defensor.

Contudo, há casos de penalidades aplicadas na conclusão do PAD que acarretam resultados extremamente gravosos ao servidor, próximo às sanções de natureza penal, como, por exemplo, a impossibilidade de ingressar novamente na carreira pública, em que a presença do advogado seria necessária, como afirma Niemann<sup>29</sup>, que o PAD é:

nestes procedimentos disciplinares, cujo mérito também será do conhecimento do poder judiciário, é o procedimento que exigirá a melhor observância do princípio constitucional da ampla defesa e no caso específico a atuação de advogado.

Tal foi a repercussão desse assunto, que sua discussão foi propalada para os tribunais brasileiros, para que fosse firmado posicionamento sobre a questão, já que a lei é silente quanto à atuação obrigatória de advogado.

A polêmica acerca da necessidade da defesa técnica por muito tempo permeou os debates jurisprudenciais, já que na legislação não há disposição expressa sobre o assunto.

Ao longo dos anos, inúmeros casos foram levados ao conhecimento do Judiciário, em que este acabou revertendo suas decisões por entender que houve prejuízo à defesa do servidor.

Como forma de assegurar as garantias constitucionais, evitando assim as inúmeras provocações ao Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), após diversas decisões, editou a Súmula nº 343, em 14 de setembro de 2007, firmando entendimento de que a presença do advogado seria obrigatória em todos os processos disciplinares, como forma de acrescentar maior técnica ao processo.

Dentre os julgados que serviram como parâmetro para edição da Súmula 343 do STJ, destaca-se, em virtude dos argumentos levantados, o julgamento do MS nº 10.837, decidido em 28/06/2006 pela Terceira Seção, em que o voto divergente da Ministra Laurita Vaz, foi seguido pela maioria dos ministros, nos seguintes termos:

Conquanto lhe tenha sido oportunizado o acompanhamento de todo o processo pessoalmente ou por seu procurador legalmente constituído também durante a fase instrutória, tendo sido devidamente notificado para tanto, e inclusive comparecido a algumas oitavas de testemunhas, o Impetrante somente constituiu defensor após finda a instrução, já na fase da defesa final.

Em primeiro lugar, a Ministra assevera que a constituição do defensor, no processo administrativo em análise, apenas ocorreu após o fim da fase de instrução. Dando prosseguimento ao seu voto expõe os prejuízos à defesa por esse fato:

Cabe esclarecer que, no decorrer do inquérito administrativo, o servidor que figura como acusado tem o direito de acompanhar o processo, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, consoante estabelecem os arts. 156 e 159, § 2.º, da Lei n.º 8.112/90, em cumprimento ao mandamento constitucional inserto no art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal.

Desse modo, apesar de não haver qualquer disposição legal que

determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica. Vale dizer, caso tivesse o Impetrante constituído advogado desde o início do processo, não se poderia cogitar de ofensa ao contraditório, na hipótese de nem o defensor nem o acusado optarem por não comparecer às audiências de instrução. Isso porque, embora os bens jurídicos envolvidos em ambos os casos sejam de valor relevante (“emprego” e “liberdade”), somente este último constitui direito indisponível, daí a obrigatoriedade da presença efetiva do defensor desde o início do apuratório em todos os atos do processo, sob pena de nulidade.

Entretanto, impende esclarecer que a constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A ministra esclarece que independente da fase em que se transcorre o PAD, é indispensável a presença do advogado, ou a nomeação de defensor dativo nos casos de o réu não haver constituído um.

Traçadas as linhas norteadoras do instituto, a eminente ministra sintetiza em seu voto que:

O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunidade ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental.

Dessa forma, por imperativo constitucional, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, com a qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em

Direito, não há como deixar de reconhecer a nulidade ora pleiteada.

Após o voto da ilustre ministra, o ministro Arnaldo Esteve Lima também pediu vistas, proferindo, em ato contínuo, voto ratificando a posição defendida no voto divergente:

[...] o Supremo Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo inclusive na fase instrutória em processo administrativo disciplinar, não obstante determinação na Lei 8.112/90.

[...] a Constituição Federal não faz distinção quanto à observância da ampla defesa e do contraditório para os acusados na esfera judicial quanto na administrativa. A doutrina tem destacado esse entendimento. [...].

Assim, no voto do ministro, na medida em que a Constituição não faz distinção sobre os processos administrativo e judicial, também devem ser dispensadas para o processo administrativo as mesmas garantias do processo judicial, com a participação do advogado, inclusive, na fase *instrutória* do PAD.

O ministro Arnaldo Esteve Lima reforça sua convicção com a posição doutrinária sobre o assunto, referindo-se ao livro de Silva Alves<sup>30</sup>, que assim dispõe sobre o tema:

A Constituição Federal de 1988 equiparou os processos administrativos aos processos judiciais, como se observa na clara redação do art. 5º, LV. Por conseguinte, não há diferença entre funcionário e réu. As mesmas garantias que tem o réu no processo penal, tem o funcionário no processo disciplinar.

Por fim, a ministra foi acompanhada em seu voto por três outros ministros da Corte Superior, incumbindo-lhe redigir o respectivo Acórdão, com a seguinte redação:

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO

PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1. Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica.

2. A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunidade ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes.

4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada.

Além do julgamento paradigmático citado acima, o STJ teve inúmeros julgados com iguais decisões, dos quais são transcritas algumas ementas a título de elucidação:

MS 10565/DF, 3.<sup>a</sup> Seção, Relator Min<sup>o</sup> FELIX FISCHER, DJ de 13/03/2006:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA POR ADVOGADO E DEFENSOR DATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA I – ‘A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor

dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral' (Precedentes).

II – Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa.

III – Ordem concedida.

MS 9201/DF, 3.ª Seção, Relator Minº LAURITA VAZ, DJ de 18/10/2004:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, a luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Precedente desta Corte.

4. Ordem concedida para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora Impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n.º 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.

MS 7078/DF, 3.ª Seção, Relator Minº HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 09/12/2003:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida.

Esses foram alguns dos julgados do STJ que seguiram a linha da obrigatoriedade do defensor no PAD, formando vultoso arcabouço jurisprudencial, o qual resultou corretamente na edição da Súmula nº 343.

Após dois anos da edição da Súmula nº 343 pelo STJ, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) entenderam que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição, com a respectiva edição da Súmula Vinculante nº 5, de 7 de maio de 2008, modificando assim o entendimento anteriormente fixado pelo STJ.

A reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n 45, trouxe, para o sistema jurídico pátrio, a figura da súmula vinculante, como forma de dar maior segurança jurídica às decisões do Poder Judiciário, como explica Moraes<sup>31</sup>,

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade [...].

O Artigo 103-A da Constituição, acrescentado pela Reforma do Judiciário, deu redação aos parâmetros gerais do instituto:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após **reiteradas** decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Segundo Paulo<sup>32</sup>, a Constituição exige os seguintes requisitos para edição das súmulas vinculantes: matéria constitucional; existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre essa matéria constitucional; existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública; e que a controvérsia acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Nos termos do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, a Súmula Vinculante terá efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário, excluído o STF, e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, inclusive o Poder Legislativo em sua função atípica administrativa.

Assim, mesmo o STJ é obrigado a proceder em conformidade com o texto das súmulas vinculantes, independentemente de súmulas suas editadas, que perdem sua aplicabilidade.

Posteriormente, a Lei nº 11.417/2006 regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda em seu artigo 2, parágrafo 3º, a lei dispõe que as decisões que envolvam súmulas vinculantes deverão ser tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sendo que essas terão eficácia imediata após sua publicação, se, ao contrário, não dispuser a Corte.

A Súmula Vinculante nº 5 do STF teve como precedentes os seguintes julgados: o AI nº 207.197, o RE nº 244.027, o MS nº 24.961 e o RE nº 434.059. Nos tópicos seguintes, estão transcritos os fundamentos jurídicos apresentados e as decisões proferidas.

O primeiro precedente da Corte foi um julgamento de 1998, caso *Motonda Comércio de Veículos Ltda. X Estado do Paraná*, envolvendo questão fiscal que,

após análise do recurso, teve decisão negando o provimento ao agravo de instrumento.

No caso em tela, o Agravante alegou que na esfera administrativa, apesar de haver constituído procurador para sua defesa, em recurso administrativo, não houve a devida intimação deste, procedendo-se ao julgamento sem a presença do advogado do impetrante.

Na fundamentação do seu voto, o então Ministro Octavio Gallotti, sem maior fundamentação doutrinária ou legal, foi conciso ao afirmar que a extensão do princípio do contraditório não significava a adoção de todas as normas aplicáveis ao processo judicial à esfera administrativa.

A ementa foi simples reprodução desses fundamentos:

EMENTA: A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5, LV) aos procedimentos administrativos não tem significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais onde é indispensável

Além disso, a questão analisada envolveu processo fiscal e que não poderia ter sido objeto de precedente para formulação da súmula extensível ao âmbito disciplinar, principalmente pela generalidade utilizada pelo relator em sua fundamentação, eis que, apesar de fazerem parte de um mesmo gênero, possuem procedimentos e consequências distintas, assim entendendo Nieman<sup>33</sup>:

O primeiro precedente foi o caso Motonda Comércio de Veículos Ltda. X Estado do Paraná. Como neste precedente o mérito do processo administrativo impugnado era de natureza tributária, a nosso ver, não deveria ser admitido como um precedente à Súmula Vinculante n.º 5, por não guardar similaridade para com o conteúdo da Súmula.

O julgamento do RE 244.027 tratou de processo administrativo disciplinar contra policial militar, caso Mário Ângelo Ajala x Estado de São Paulo. Em seu relatório, a Ministra Ellen Gracie, assim descreveu o caso:

Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que considerou correta a punição aplicada à policial militar (desligamento do Curso de Formação de Oficiais),

afastando a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), por entender ser desnecessária a presença de defensor, “face à simplicidade do caso e ao fato de se tratar de uma questão ‘interna corporis’, que não envolvia a perda do cargo nem da função pública, mas, tão só, o impedimento à conclusão do curso de oficiais”.

Sustenta o recorrente que a ausência de defesa técnica ofende o art. 5º, LV, da CF, sendo, por isso, inválido o processo administrativo em que não se fez representar por advogado.

A respeito do tema em questão, essa Primeira Turma, ao julgar o AGRAG 207.197, Relator Minº Octávio Gallotti, DJ de 05.06.98, firmou entendimento contrário à pretensão do recorrente, no sentido de que a extensão da garantia constitucional do contraditório aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.

No mesmo sentido, o AG 239.029, Relator Minº Marco Aurélio, DJ de 20.05.99.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.

Do relatório da ilustre ministra, constata-se que a decisão envolveu questão cuja simplicidade foi evidente, e sua discussão constituiu mera questão interna.

O Mandado de Segurança nº 24.961 foi o caso Vanderlei Colombo x Presidente da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, tratando-se de processo de Tomada de Contas Especial realizado pelo Tribunal de Contas.

Em síntese, o autor interpôs, no que concerne à presença do defensor, da seguinte forma:

a) ofensa ao direito líquido e certo do impetrante pela condução do processo administrativo sem a devida defesa técnica, porquanto, “compulsando-se os autos do processo administrativo, verifica-se que o Impetrante produziu sua própria defesa, quando a Egrégia Corte de Contas deveria tê-lo designado um defensor para auxiliá-lo tecnicamente”;

Na análise preliminar da questão, o ministro Relator, Carlos Velloso, foi sucinto ao afirmar que:

a) inexistência de obrigatoriedade de nomeação de defensor para a realização de defesa técnica perante o T.C.U., uma vez que, além de não haver determinação legal nesse sentido, consoante o art. 3º, IV, da Lei 9784/1999, o processo de controle externo efetuado tem natureza eminentemente administrativa, sendo faculdade da parte ser ou não representada por advogado;

Levado a julgamento pelo Pleno em 24/11/2004, deste resultou a seguinte decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO.

I. – A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, “DJ” de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, “DJ” de 28.6.2002.

II. – Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial.

III. – Mandado de Segurança indeferido.

Indiscutível, a meu ver, que havia precedentes uníssonos e harmônicos, o que, aparentemente, não correrá no STJ.

Novamente não foi analisado um caso de infração disciplinar, mas de processo de Tomada de Contas Especial, conforme discorre Niemann<sup>34</sup>,

Já o terceiro precedente para a Súmula Vinculante foi o caso Vanderlei Colombo x Presidente da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União. Assim como no primeiro precedente, este também não tratou

de impugnação a processo administrativo disciplinar. No caso, tratou-se de procedimento de Tomada de Contas Especial e, assim como no primeiro precedente, não deveria ter sido admitido como fundamento para a edição da referida Súmula Vinculante.

Em seu texto, a Súmula Vinculante nº 5 é expressa quanto à sua aplicação ao processo disciplinar, assim, a referida decisão, cujo tema não envolveu infração disciplinar, não deveria ter sido considerada pela Corte Suprema para edição da súmula.

Por último, o quarto acórdão, proferido no RE nº 434.059, utilizado como precedente, analisa questão disciplinar de servidora do INSS, conforme explica Niemann<sup>35</sup>, sendo novamente levantada, nessa hipótese, pela ministra Carmen Lúcia, casos em que a pretensão da obrigatoriedade do advogado deveria ser aceita:

Por fim, no quarto e último precedente utilizado para a edição da Súmula Vinculante n.º 05, o caso Instituto Nacional do Seguro Social – INSS x Márcia Denise Farias Lino, a Ministra Cármen Lúcia, concordando o Ministro-Relator Gilmar Mendes, no tocante à ausência de advogado constituído no âmbito do processo disciplinar, assim se manifestou:

“(…) A doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa faculdade não seria bastante para não se ter mais do que um simulacro de defesa (…)”.

Dessa forma, se o servidor alegasse e comprovasse questão complexa, da qual o conhecimento por ele não fosse possível, nessas hipóteses, assim entendido pela ministra, seguindo a doutrina, haveria de ser vista a obrigatoriedade da defesa técnica.

Baseados nos precedentes acima destacados, os ministros do STF decidiram editar a súmula vinculante nº 5, sendo que o Informativo nº 505 da Suprema Corte abordou a decisão, sintetizando os fundamentos jurídicos utilizados:

Defesa Técnica em Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa.

O Tribunal aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante 5 nestes

termos: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Essa orientação foi firmada pelo Tribunal ao dar provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que concedera mandado de segurança para anular a aplicação de penalidade expulsiva, ao fundamento de ausência de defesa técnica no curso do processo administrativo disciplinar instaurado contra o impetrante, servidor público. Salientou-se, inicialmente, que a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo, e que o constituinte pretende garantir uma pretensão à tutela jurídica. Tendo em conta a avaliação do tema no direito constitucional comparado, sobretudo no que diz respeito ao direito alemão, afirmou-se que a pretensão à tutela jurídica, que corresponderia exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF, abrangeria o direito de manifestação (que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes); o direito de informação sobre o objeto do processo (que assegura ao defendente a possibilidade de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos no processo); e o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas). Asseverou-se, ademais, que o direito à defesa e ao contraditório tem aplicação plena em relação a processos judiciais e procedimentos administrativos, e reportou-se, no ponto, ao que disposto no art. 2º, e parágrafo único, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, enfatizando que o Supremo, nos casos de restrições de direitos em geral e, especificamente, nos de punições disciplinares, tem exigido a observância de tais garantias. Considerou-se, entretanto, que, na espécie, os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados teriam sido devidamente assegurados, havendo, portanto, o exercício da ampla defesa em sua plenitude. Reportando-se, ainda, a precedentes da Corte no sentido de que a ausência de advo-

gado constituído ou de defensor dativo não importa nulidade de processo administrativo disciplinar, concluiu-se que, o STJ, ao divergir desse entendimento, teria violado os artigos 5º, LV e 133, da CF. Alguns precedentes citados: RE 244027 AgR/SP (DJU de 28.6.2002); AI 207197/PR (DJU de 5.6.98); MS 24961/DF (DJU de 4.3.2005).

A despeito do texto do informativo, o qual não tem força jurídica, a edição da referida Súmula com tamanha urgência não pode ser justificada, pois da análise dos precedentes da Súmula Vinculante nº 5, realizada nos subitens anteriores, constata-se que apenas dois deles referem-se a procedimentos disciplinares, dos quais se pode auferir sobre a defesa técnica no Processo Disciplinar duas situações distintas.

A primeira, quando se aprecia mérito cuja simplicidade do caso seja evidente ou quando o fato analisado tratar-se de uma questão interna, ou seja, seu mérito se restringe à órbita administrativa, não trazendo conteúdo, por exemplo, penal.

E no segundo caso, em que há prova de que a questão de mérito do processo disciplinar é complexa, exigindo conhecimento que sobrepõe o conteúdo do fato imputado, como é o fato das condutas considerada ímprobos do posto de vista administrativo.

Assim, pode-se observar, conforme Niemann<sup>36</sup>, que a redação da referida Súmula não tem base em reiteradas decisões, ainda é contraditória e omissa e, quanto aos julgados em que se sustenta:

Além disso, tramitaram também com total falta de sintonia com o entendimento revelado pelas Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia nos dois únicos precedentes de natureza disciplinar que lastreiam a Súmula Vinculante nº 5, ou seja quando o mérito do processo disciplinar não demonstra simplicidade, sendo de natureza complexa, exigindo conhecimento que sobrepõe o conteúdo do fato imputado ao acusado.

[...]

Sendo ainda mais minuciosos ao analisar a Súmula Vinculante n.º 5, em especial em relação aos seus precedentes, verifica-se que seus precedentes foram quatro acórdãos, sendo que o primeiro refere-se a defesa em processo administrativo fiscal; o quarto e último discute defesa em Tomada de Contas Especial.

Pode-se observar que a Súmula Vinculante nº 5 deixou de observar o requisito da existência de reiteradas decisões sobre a matéria, a súmula editada pelo STF, foi editada tendo por base apenas 4 julgados, de naturezas bem específicas, o que, a princípio contraria os requisitos exigidos pelo texto constitucional.

Ao contrário da Súmula nº 343 do STJ, que teve ampla sustentação jurisprudencial, conforme enfatizado nos capítulos antecedentes, a Súmula Vinculante nº 5 baseou-se em apenas quatro julgados, sendo que destes, apenas dois deles tratavam de processos disciplinares.

Desses que tratavam de questões disciplinares, houve ressalva expressa das ministras Carmem Lucia e Ellen Gracie, no sentido de possibilitar a interpretação de que em certos casos, em que a matéria discutida fosse complexa ou que envolvesse questões e consequência externas, a presença do advogado deveria ocorrer, sob pena de cerceamento de defesa.

Dessa forma, a súmula do STF não tem sustentação jurídica e jurisprudencial que a torne aplicável às questões disciplinares em detrimento da Súmula nº 343 do STJ, conforme entende Niemann<sup>37</sup>:

O nosso entendimento é no sentido de que a Súmula Vinculante nº 5 não tem lastro razoável em precedentes na forma que estabelece a Constituição. Os seus precedentes não superam àqueles que lastreiam a Súmula 343 do STJ.

O que se apresenta ao final de todo o estudo da situação ora apresentada é uma decisão política adotada pelo Supremo, em detrimento do melhor entendimento que deveria ter sido dispensado à matéria, conforme dados da Controladoria Geral da União<sup>38</sup>:

*Ao manter o entendimento de que a ausência da defesa em PAD não é ilegal, os ministros do STF evitaram que 1.711 processos já concluídos em diversos órgãos públicos – e que resultaram na expulsão do servidor, pudessem vir a ser anulados.*

Dessa forma, conforme apresentado acima, uma infinidade de Processos Administrativos que não haviam observado a presença obrigatória do advogado acabariam sendo discutidos em juízo, e conseqüente haveria a anulação dos julgados, ocasionando enorme dispêndio para o erário.

O contraditório e a ampla defesa são princípios a serem seguidos tanto no processo judicial, como no administrativo, inclusive com previsão expressa no texto constitucional.

Durante muito tempo, houve a discussão se esses princípios acarretariam necessariamente a presença obrigatória do advogado no processo administrativo disciplinar (PAD), analogamente ao processo judicial.

O STJ, após diversas decisões homogêneas, firmou entendimento favorável a essa obrigatoriedade, com a edição da Súmula nº 343 do STJ, a qual não continha efeitos vinculante, portanto, poderia haver decisões divergentes sobre a questão, em âmbito judicial e administrativo.

Contudo, essa posição foi revista pelo STF, com a edição da Súmula Vinculante nº 5, que pôs fim às discussões no âmbito do poder judiciário, uma vez que, por se tratar de uma súmula vinculante, conforme disciplina o art. 103-A da Constituição Federal de 1988, vinculou todos os órgãos do poder judiciário e a Administração Pública direta e indireta.

Ocorre que a discussão doutrinária se acirrou ainda mais, visto que a decisão do STF teve como precedentes casos específicos, sem maiores correlações com o PAD, e com fundamentação jurídica incipiente frente àquela utilizada pelo STJ, como já foi anteriormente debatido neste estudo.

Na realidade, a súmula vinculante não proíbe a participação do advogado nos feitos disciplinares, facultando essa intervenção. No entanto, sua ausência não poderá importar em nulidade do processo e seus atos.

O que resulta em prejuízo ao direito de defesa, no seu sentido mais relevante, que é oportunizar a amplitude de defesa, como também, na ideia de que a defesa deve ser adequada para que não seja mera formalidade, como conclui Dantas<sup>39</sup>:

Com a devida vênia ao entendimento sumulado pela Suprema Corte Brasileira, é de se reconhecer que a ausência do profissional habilitado na instrução do feito disciplinar poderá importar na supressão de garantias ao processado, a ponto de chegar-se à invalidação do feito por violação ao processo legal devido.

Ergue-se de maior responsabilidade essa decisão proferida pela Suprema Corte, pois se trata de instituto vinculante ao Judiciário e à Administração Pública, e que, como, explicado anteriormente, tem reserva específica para sua modificação, não podendo qualquer cidadão com seu direito violado fazer valer seus direitos, como assevera Dantas<sup>40</sup>:

As limitações interpretativas provenientes da edição de súmulas vinculantes, notadamente a de número cinco, só enfraquecem a concepção democrática do Estado, pois afastam do processo interpretativo os demais elementos do corpo social, os cidadãos e também os magistrados, agentes públicos incumbidos da salvaguarda da Constituição Federal.

Assim, a transposição desse entendimento, sem maiores discussões no STF retirou o direito de voz dos demais agentes sociais, fragilizando a democracia defendida e garantida pela Constituição Federal, e que deveria ser defendida exatamente pela Corte Constitucional.

## Notas

<sup>1</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 16. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377.

<sup>2</sup> DANTAS, Bartira Pereira. *Processo legal devido no âmbito disciplinar. Desnecessidade de defesa técnica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2020, 11 janº 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12190>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 504.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. 3. Ed., rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 5.

<sup>5</sup> DANTAS, Bartira Pereira. *Op. cit.*

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. Ed., revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 425.

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>9</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo descomplicado*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 585.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 509.

<sup>11</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 586.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*, p. 586.

- <sup>13</sup> Idem, *ibidem*, p. 587.
- <sup>14</sup> Idem, *ibidem*, p. 587.
- <sup>15</sup> Idem, *ibidem*, p. 587.
- <sup>16</sup> Braz, Petrônio. *Processo administrativo disciplinar*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007, p. 33.
- <sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 91.
- <sup>18</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 312.
- <sup>19</sup> BRAZ, Petrônio. *Op. cit.*, p. 107.
- <sup>20</sup> COSTA, Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. 4. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 215.
- <sup>21</sup> COSTA, Nelson Nery. *Op. cit.*, 2007.
- <sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*
- <sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 520.
- <sup>24</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 93.
- <sup>25</sup> COSTA, José Armando da. *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*. 4. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 67.
- <sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 103.
- <sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 388.
- <sup>28</sup> COSTA, José Armando da. *Op. cit.*, p.66.
- <sup>29</sup> NIEMANN, Marcos Antonio Botelho. *Processo administrativo disciplinar e a autodefesa*. Súmula nº 343 do STJ X Súmula Vinculante nº 5 do STF. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12652>>. Acesso em: 20 ago. 2009.
- <sup>30</sup> ALVES, Léo da Silva. *Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas*. Brasília Jurídica, 2005, p. 32.
- <sup>31</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 544.
- <sup>32</sup> PAULO, Vicente. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- <sup>33</sup> NIEMANN, Marcos Antonio Botelho. *Op. cit.*
- <sup>34</sup> NIEMANN, Marcos Antonio Botelho. *Op. cit.*
- <sup>35</sup> NIEMANN, Marcos Antonio Botelho. *Op. cit.*

<sup>36</sup> NIEMANN, Marcos Antonio Botelho. *Op. cit.*

<sup>37</sup> NIEMANN, Marcos Antonio Botelho. *Op. cit.*

<sup>38</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5: *STF assegura legalidade das mais de 1700 demissões no serviço público desde 2003*. Clipping de Notícias do STJ e do STF. Disponível em: < [http://www.anajur.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=182&Itemid=3](http://www.anajur.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=182&Itemid=3)>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>39</sup> DANTAS, Bartira Pereira. *Op. cit.*

<sup>40</sup> DANTAS, Bartira Pereira. *Op. cit.*

## Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo descomplicado*. 14 edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 343*. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso entre 01 de agosto a 20 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 10.837, decidido em 28/06/2006 pela Terceira Seção; MS 7.239/DF, Relator Minº LAURITA VAZ, Terceira Seção, DJ de 13/12/2004; RMS 20148/PE, 5.ª Turma, Relator Minº GILSON DIPP, DJ de 27/03/2006; MS 7078/DF, 3.ª Seção, Relator Minº HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 09/12/2003; MS 9201/DF, 3.ª Seção, Relator Minº LAURITA VAZ, DJ de 18/10/2004; e, MS 10565/DF, 3.ª Seção, Relator Minº FELIX FISCHER, DJ de 13/03/2006: Disponíveis em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acessos entre 01 de agosto a 20 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 5*. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acessos entre 01 de agosto a 20 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 5*. STF assegura legalidade das mais de 1700 demissões no serviço público desde 2003. *Clipping de Notícias do STJ e do STF*. Disponível em: < <http://www.anajur.org.br/>

- index.php?option=com\_content&task=view&id=182&Itemid=3>. Acesso em: 20 ago. 2009.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AI nº 207.197, o RE nº 244.027, o MS nº 24.961 e o RE nº 434.059. Disponíveis em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acessos entre 01 de agosto a 20 de novembro de 2009.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Questões práticas em torno dos efeitos da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça sobre o processo administrativo disciplinar e a sindicância. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1769, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11222>>. Acesso em: 11 nov. 2008.
- \_\_\_\_\_. O princípio do informalismo moderado no processo administrativo disciplinar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10703>>. Acesso em: 11 nov. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Federal*. 3. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Presença obrigatória de advogado no processo administrativo disciplinar: breves anotações à Súmula nº 343 do STJ. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1541, 20 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10433>>. Acesso em: 11 nov. 2008.
- \_\_\_\_\_. Presença facultativa de advogado no processo disciplinar. As idas e vindas da jurisprudência e a Súmula Vinculante nº 5. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1780, 16 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11275>>. Acesso em: 11 nov. 2008.
- CELSO NETO, João. A Súmula Vinculante nº 5 e as reações que provocou. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1807, 12 junº 2008. Disponível em: . Acesso em: 17 set. 2009.
- CORDEIRO, Rafael Pinto. Súmula Vinculante nº 5 gerou efeitos antidemocráticos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1934, 17 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11834>>. Acesso em: 11 nov. 2008.
- COSTA, José Armando da. *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*. 4.ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- COSTA, Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. 4.ª Edição. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DANTAS, Bartira Pereira. Processo legal devido no âmbito disciplinar. (Des)necessidade de defesa técnica?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº

- 2020, 11 janº 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12190>>. Acesso em: 02 nov. 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. Ed., revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NIEMANN, Marcos Antonio Botelho. Processo administrativo disciplinar e a autodefesa. Súmula nº 343 do STJ X Súmula Vinculante nº 5 do STF. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12652>>. Acesso em: 20 ago. 2009.
- OLESKOVICZ, José. Processo administrativo disciplinar: presença facultativa de advogado e obrigatória de servidor defensor dativo apenas na hipótese de revelia na fase de defesa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1346, 9 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9578>>. Acesso em: 11 nov. 2008.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. “*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*”. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 16. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12588>>. Acesso em: 15 set. 2009.
- PAULO, Vicente. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- SILVA ALVES, Léo da. *Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas*. Brasília Jurídica, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. Ed., revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

## Resumo

Em uma democracia, para exercício pleno dos direitos dos cidadãos, a Constituição e todo ordenamento jurídico conferem garantias que os protegem da ação ditatorial

do Estado. Avultam de importância os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados em nossa Constituição de 1988 tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos. Nesses últimos, ressalta-se o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), instrumento por intermédio do qual o Estado exerce seu poder disciplinar em relação aos seus servidores. Sua importância se confirmou com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, por meio da Súmula nº 343, dispôs que no PAD as garantias do contraditório e da ampla defesa só seriam plenas com a presença obrigatória de um advogado. Essa decisão poderia afetar mais de mil processos transcorridos sem essa prerrogativa, porém foi revista pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em tom político, com a edição da Súmula Vinculante nº 5, que apesar de sua força sobre toda a Administração direta e indireta, não teve precedentes capazes de superar aqueles basilares da decisão do STJ.

Palavras chave: Contraditório – Ampla defesa – Processo administrativo disciplinar.

### **Abstract**

In a democracy for the full exercise of the rights of citizens, the Constitution and all laws give guarantees that protect them from the action of the State. Stand out in this sense the principles of the contradictory and full defense guaranteed in our Constitution of 1988 in both the judicial and in administrative proceedings. In this latter that's special attention to the Administrative Procedure Disciplinary (PAD), an instrument through which the State exercises its disciplinary power in relation to their servers. Its importance was confirmed by the understanding of the Superior Court of Justice, through the summary nº 343, decided that the guarantees in the PAD and the adversarial legal defense would only be applied with the mandatory presence of a lawyer. This decision could affect more than a thousand cases have passed without this privilege, but was reviewed by the Supreme Court, in a political tone, with the edition of mandatory summary nº 5, which despite its strength on all direct and indirect Governance, was unprecedented able to overcome the base of the decision of the Superior Court.

Keywords: Adversarial – Full defense – Administrative disciplinary proceedings.

**Rodrigo Carneiro Gomes**

*Mestrando em Direito. Professor da Academia Nacional de Polícia. Delegado de Polícia Federal. Autor do livro “O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo”.*

## ***Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento***

### **Introdução**

A criminalidade organizada no Brasil tem avançado de forma significativa e o foco da segurança pública é, principalmente, o combate a organizações criminosas dentro de unidades prisionais, sendo conhecida a propalada origem e idealização dessas facções no Instituto Penal Cândido Mendes, na Ilha Grande, Rio de Janeiro, em torno do ano de 1979.

Nos últimos cinco anos, com inúmeras rebeliões de presos coordenadas simultaneamente e assassinatos de policiais, o crime organizado mostrou de onde surgem os comandos criminosos: dos presídios. É alarmante a quantidade de informações e ordens trocadas dentro de unidades prisionais, enviadas e recebidas do perímetro externo. Por meio de *salves*, comandam, matam, traficam, roubam, corrompem (policiais e militares ou recrutam ex-policiais para treinamentos), fazem *leasing* de armamento pesado, escambam drogas por armas, criam *sites* criptografados, portam minas, granadas e metralhadoras antiaéreas, constroem muralhas, fossos, casamatas, *bunkers* e levantam barricadas, tanto com o objetivo de obter vantagem econômica ou material indevido como para demonstrar controle e domínio pela difusão do medo, com fechamento de comércio local, eliminação de agentes públicos e seus familiares e facções rivais.

A gestão de conhecimento pelos criminosos é tolerada pelo Estado. A omissão e a ineficácia estatais, muitas vezes compradas, quando combinadas com a leniente legislação prisional, carente de regulamentação, permitem a perigosos criminosos o uso irrestrito de meios de comunicação, acesso à telefonia móvel celular, computadores, *e-mail*, livros, jornais, televisões, através dos quais a *network* da organização criminosa estabelece seus vínculos e se fortalece.

Nesse contexto, vislumbra-se a imperiosidade do aperfeiçoamento de diplomas legislativos, da melhoria da gestão de conhecimento, da rede de comunicação e difusão de bancos de dados entre as instituições encarregadas da aplicação da lei, para que o Estado disponha de instrumentos apropriados para a reversão do grave quadro de segurança pública delineado.

Urge a adoção de medidas compatíveis com o Estado democrático de direito que preservem a vida do cidadão, garantam sua liberdade e segurança, o que é factível com a recepção de um modelo de gestão do conhecimento e de inteligência policial que faça frente à *network* do crime.

## 1. O crime organizado e a integração de serviços de inteligência na Itália

A Lei 9.034/1995, que trata do crime organizado, traz os principais meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Há vários instrumentos elencados, como a ação controlada ou entrega vigiada (*controlled delivery*), o acesso a dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais, a captação e a interceptação ambiental e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação.

Na Itália, de onde adaptamos o regime disciplinar diferenciado, há a Polícia Penitenciária (*Corpo dei Polizia Penitenziaria*), antes vinculada ao Ministério do Interior, hoje ligada ao Ministério da Justiça, pelo Departamento de Administração Penitenciária e criada pela Lei 395, de 15.12.1990. Posteriormente, em 1997, foi criado um grupo especializado, na estrutura citada, o “Gruppo Operativo Mobile” (GOM) da “Polizia Penitenziaria”, com atribuições definidas quanto à prospecção de ações de detentos integrantes de organizações criminosas.

As questões que envolvem crime organizado são resolvidas por um *pool* de magistrados italianos, especializados no tema, criado na década de 80. Outro exemplo italiano de integração e uso de inteligência como técnica especial de mineração de dados, operacional e investigativa, ocorre desde o mês de dezembro de 1991. É a experiência de integração entre as diversas polícias que compõem uma central de serviços de inteligência, cuja direção é revezada entre integrantes indicados de cada uma das corporações que integram a *Direção de Investigação Antimáfia* (DIA), sob a supervisão do Ministério do Interior.

Da experiência italiana, cujos precedentes de crime organizado muito se assemelham com escândalos recentes no Brasil, como a *máfia do apito*, superfaturamento de licitações, exigência de vantagem indevida, corrupção, extorsão e financiamento de campanhas eleitorais, tiramos a conclusão da necessidade não apenas de especialização de estrutura no Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia, no combate ao crime organizado, como, também, de utilização de meios eficazes à sua repressão, como a “ação controlada”, delação premiada, sistemas de inteligência interligados entre os diversos órgãos estatais competentes, entre outros.

O professor de ciência política da Universidade do Novo México, EUA, Peter Lupsha (*apud* Dantas,<sup>1</sup> 2006) leciona que, para controlar o crime organizado, é importante o uso proativo da inteligência policial e uma legislação produzida com a finalidade de promover o controle das suas atividades, destacando-se: (a) a utilização de operações veladas de inteligência realizadas em longo prazo por profissionais de elite, (b) o uso ativo da “observação eletrônica“, especialmente regulada em legislação própria para o controle do crime organizado, (c) a implantação de programas de proteção a testemunhas e (d) a utilização de instrumentos jurídicos de expropriação de bens em casos envolvendo o crime organizado.

Temos de partir do princípio de que o crime organizado veio para ficar, que não vai desaparecer após uma ou duas operações policiais (Mingardi, 2006, p. 51). Para controlar e reprimir as organizações criminosas, é imprescindível o acesso e a disponibilização de informações confiáveis e utilizáveis.

Os investimentos, integração, treinamento, suporte legislativo, apoio institucional e especialização no combate ao crime organizado são ferramentas imprescindíveis no serviço de inteligência; embora esgotáveis e limitados, não podem ser dispensados, para o bom andamento dos trabalhos nas diversas unidades estatais.

## **2. A importância da inteligência**

A inteligência que não é acionável ou não proporciona o potencial para ações futuras, segundo a doutrina da Marinha americana, é inútil. Fernandes (2006, p. 12), em tradução livre da publicação da doutrina de inteligência do *Department of the Navy, Headquarters United States Marine Corps, Marine Corps Doctrinal Publication* (1997, p. 7-8), traz à colação o norte orientador da boa doutrina: “A boa inteligência não repete simplesmente informações reveladas por fontes. Ao contrário, ela desenvolve uma gama de material que nos diz o que aquela informação significa e identifica suas implicações para os tomadores de decisão”.

Afonso (2006, p. 49) defende que o serviço de inteligência executado de forma séria e comprometida tem o condão de produzir informação explicativa e preditiva (isto é, o dado selecionado recebe tratamento, é trabalhado). A função de a inteligência atender a solicitações das autoridades “não constitui simples disseminação de dados coletados ou segredos roubados”. Para o doutrinador, o principal mérito da atividade de inteligência, aquilo que a torna imprescindível para qualquer governo, “é a competência de pôr em prática um conjunto de métodos

materializado ao longo do *ciclo de inteligência*, além de fazê-lo com oportunidade, amplitude otimizada, o máximo de imparcialidade, clareza e concisão”.

As palavras de outro especialista em inteligência estratégica, Robson Gonçalves (2007, p. 5), ganham, nesse contexto, relevo ao pontuar que “o Estado não pode prescindir dos serviços de inteligência, pois estes produzem o conhecimento necessário à tomada de decisões e trabalham na proteção destas informações, impedindo que elementos de inteligência adversos comprometam os interesses nacionais”.

A inteligência aplicada aos serviços de polícia judiciária e de segurança pública, em geral, provêem informações de irrefutável interesse no enfrentamento e investigação de ações de organizações criminosas: identificação de grupos criminosos, do *modus operandi* e da divisão de tarefas; individualização de seus integrantes e comandos hierárquicos; plotar a localidade ou região de atuação; traçar tendências criminosas; monitoramento e documentação da atuação criminosa e do eventual informante (interceptação telefônica combinada com ação controlada, com recurso à vigilância eletrônica, móvel ou fixa); identificar o indivíduo criminoso mais propenso para cooperar com a investigação policial ou para ser oferecida a delação premiada; prevenção de crimes; proteção de testemunhas.

### **3. O mecanismo de inteligência brasileiro**

Para alcançar um padrão de excelência na utilização dos meios operacionais da Lei 9.034/1995, é necessário que haja um tratamento adequado da informação, posteriormente transformada em conhecimento, inteligência e ação, com acesso às mais diversas ferramentas tecnológicas. Sempre é necessária a transformação de informação (dados não tratados), para o alcance do conhecimento estratégico, conhecimento esse buscado, inclusive, por empresas para conquista de mercados, pelo que se chama *inteligência competitiva*<sup>2</sup> e *gestão de informação*.

#### **3.1 Informação, dados e inteligência**

*Informação, dados e inteligência* são termos comuns da língua portuguesa, mas que adquirem uma dimensão diferenciada quando ditos por analistas e especialistas em inteligência de Estado (*lato sensu*), ou, por integrantes do que se convencionou chamar de *comunidade de inteligência*.

*Dados* são a forma primária de informação. São fatos, tabelas, gráficos e imagens etc. que não foram processados, correlacionados, integrados, avaliados ou interpretados e sem qualquer sentido inerentes em si mesmos (Sianes, 2005, p. 259, *apud* Fernandes, 2006, p. 11).

Fernandes (*idem*) oferece uma distinção técnica entre *informação* e *inteligência*. Para o autor, *informação* é a matéria-prima para a produção de inteligência, utilizada em apoio ao processo de tomada de decisão (decisões pontuais ou de nível tático-operacional), relaciona-se com fatos presentes ou passados e deve expressar o estado de certeza. A *inteligência* é um conhecimento<sup>3</sup> que prescinde da oportunidade, deve pressagiar e cogitar probabilidades sobre aspectos de um evento, em juízo antecipatório, anteriormente, pois, à sua realização. A menção à inteligência pode abranger a própria atividade, o produto dessa atividade e a unidade responsável pela atividade (órgão, departamento, núcleo, seção).

DeLadurantey (1995, p. 383, *apud* Dantas; Souza, 2004, p. 1, tradução livre) define a expressão *inteligência* da seguinte maneira:

É o conhecimento das condições passadas, presentes e projetadas para o futuro de uma comunidade, em relação aos seus problemas potenciais e atividades criminais. Assim como a Inteligência pode não ser nada mais que uma informação confiável que alerta para um perigo potencial, também pode ser o produto de um processo complexo envolvendo um julgamento bem informado, um estado de coisas, ou um fato singular. O ‘processo de Inteligência’ descreve o tratamento dado a uma informação para que ela passe a ser útil para a atividade policial.

### **3.2 Atividade de Inteligência: concepção, história e agências**

Na concepção histórica de atividade de inteligência estatal, sua função era limitada e exclusiva para suporte de estratégia militar. Hodiernamente, a atividade de inteligência estatal é concebida como atividade pública de Estado (não é de governo, de partido ou de interesse privado), figurando a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) como órgão central<sup>4</sup> do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin).

Houve um hiato na atividade de inteligência do Estado com a extinção do Serviço Nacional de Informações (SNI), no período Collor, e a criação do Sisbin, e posterior edição do seu decreto regulamentador, o Dec. 4.376/2002. Com a extinção do SNI, foi criada a Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE), com atribuições

repartidas entre o Departamento de Inteligência, o Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Recursos Humanos (Cefarh) e Agências Regionais.

Kelsem Rios (2008, p. 1) desvenda a confusão generalizada de atividade de inteligência com o preconceito associado à repressão da ditadura militar, que acarretou a extinção do SNI e quase uma década sem concurso público para cargos do Departamento de Polícia Federal:

Serviço de inteligência, quando se trata de governo, entre nós ainda possui ares de repressão, de regime de exceção, quando, na verdade, as mudanças estruturais e sistemáticas só podem ser alcançadas com maciço investimento em inteligência de Estado, elemento de negação e de produção de conhecimento renovado.

No ordenamento jurídico brasileiro, a oficialização de um sistema de inteligência de âmbito nacional para tratamento de informação de cunho estratégico foi tardia e não acompanhou diversos modelos europeus, como o italiano, por exemplo. Pela Lei 9.883/1999, foi instituído o Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) e criada a Agência Brasileira de Inteligência (Abin). No âmbito do Departamento de Polícia Federal (DPF), é a Diretoria de Inteligência Policial (DIP) que integra o Conselho Consultivo do Sisbin, cujo órgão central é a Abin.

### **3.3 O Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin)**

Com o advento da Lei 9.883/1999, o legislador pretendeu integrar as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência e declarou sua finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional. Quanto ao Sisbin, concebeu-o como órgão colegiado responsável pelo processo de obtenção, análise e disseminação da informação necessária ao processo decisório do Poder Executivo, bem como pela salvaguarda da informação contra o acesso de pessoas ou órgãos não autorizados.

Buscou-se uma definição legal para serviços de inteligência de Estado, entendida como “a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado” (art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.883/1999).

O Dec. 4.376/2002, regulamentador da lei que cria a Abin e o Sisbin, ao dispor sobre os integrantes do Sisbin<sup>5</sup> (art. 4.º) e do seu Conselho Consultivo (art. 8.º) agrupou 10 Ministérios, mais o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI/PR), Casa Civil/PR, Controladoria-Geral da União (CGU) e Abin e os mais importantes Departamentos e Secretarias dos respectivos órgãos.

Esse respeitável conglomerado é formado pelas autoridades públicas e agentes políticos que detêm o maior nível de conhecimento dentro da Administração Pública Federal e sobre os temas de maior destaque nacional, entre eles a defesa nacional e a segurança pública.

É de bom alvitre que os temas ali discutidos não se restrinjam a consultas para embasar o processo decisório da Presidência da República, mas que alce objetivos mais concretos e menos abstratos como a entabulação de debates a respeito do grave problema da criminalidade organizada, por exemplo. Embora possa parecer, num primeiro momento, que a preocupação com a segurança pública e o fenômeno da criminalidade organizada e violência possam extrapolar as atribuições do Sisbin, a própria configuração desse órgão não deixa dúvidas de que é possível aperfeiçoar o seu mecanismo de atuação em prol de toda a sociedade brasileira. Provavelmente, diante da falta de explicitude da lei que instituiu o Sisbin, no final do ano de 2000, foi criado um subsistema do Sisbin (Sisp), com esse propósito, voltado à inteligência de segurança pública.

Reforça a tese de que os temas relacionados com a segurança pública podem ser trazidos à pauta de discussão do Sisbin a descrição dos seus objetivos pelo art. 6.º, V, do Dec. 4.376/2002, entre os quais se destaca o estabelecimento dos respectivos mecanismos e procedimentos particulares necessários às comunicações e ao intercâmbio de informações e conhecimentos no âmbito do Sistema.

### **3.4 Inteligência de Segurança Pública (Isp) – Sisbin e parcerias. O exemplo da cooperação entre Abin e DPF**

Em 21.12.2000 foi editado o Dec. 3.695/2000, que criou o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública<sup>6</sup> (Sisp), no âmbito do Sisbin, com a finalidade de coordenar e integrar as atividades de inteligência de segurança pública em todo o País, bem como suprir os governos federal e estaduais de informações que subsidiem a tomada de decisões neste campo.

Lima Ferro (2006, p. 85) aponta que a Senasp (Secretaria Nacional de Segurança Pública)<sup>7</sup> define a inteligência de segurança pública, com esteio no Dec.

3.695/2000, como atividade sistemática de produção de conhecimentos de interesse policial, apoiando as atividades de prevenção e repressão dos fenômenos criminais.

É de fundamental importância a integração dos órgãos públicos, dos setores de inteligência de Estado e de Segurança Pública, especialmente os de polícia judiciária. Cabe salientar que aos integrantes do Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (Sisp) incumbe identificar, acompanhar e avaliar ameaças reais ou potenciais de segurança pública (nível estratégico) e produzir conhecimentos e informações que subsidiem ações para neutralizar, coibir e reprimir atos criminosos de qualquer natureza (nível tático-operacional).<sup>8</sup>

Nessa esteira, parece ser também a visão antecipada pelo ex-dirigente da Abin, o Delegado de Polícia Federal Paulo Fernando da Costa Lacerda que, em entrevista ao jornal “Valor Econômico”, de 22.11.2007, anunciou a idealização do Departamento de Integração do Sisbin e que cada serviço de inteligência de órgão público ocupe uma sala na Abin, com cinco funcionários em regime integral, à semelhança de gabinetes de crise. Para o Diretor-Geral da Abin, “a cultura dos órgãos da administração pública é a de não trocar informações” e “o que queremos é facilitar a disseminação de informações dentro do sistema e desburocratizar.”

O Tribunal Regional Federal da 3ª. Região se manifestou a respeito da integração dos órgãos de inteligência e de segurança pública em importante *leading case*, na apreciação da possibilidade do trabalho conjunto de servidores públicos da Abin com policiais federais, admitindo a parceria em votação unânime, na destacada operação Satiagraha e com amparo na Lei nº. 9.883/1999, que criou o Sisbin. A ementa do acórdão foi lavrada nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSO PENAL – PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA – NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA.

...

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo

paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação, não possui o condão de macular a prova como um todo.

5. A Lei 9.883/99 – que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência – indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema, compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN, integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99.

6. O compartilhamento de dados e informações sigilosos entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade. Basta lembrar que, ordinariamente, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), Receita Federal, INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), BACEN (Banco Central do Brasil) e CVM (Comissão de Valores Mobiliários), os quais cita-se apenas a título de exemplo, compartilham dados com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, visando o aprofundamento das apurações criminais, e isso nunca causou perplexidade ou surpresa. (HC 34848, 5ª T. do TRF-3ª, publ. no DJF3 de 26/03/2009, p. 2199, Rel. Juiz Convocado Hélio Nogueira).

Veja-se que integração e parcerias entre órgãos públicos, empresas, particulares e terceiros ocorre normalmente no curso natural de fluxo de informações e fortalecimento dos interesses públicos em busca do bem-estar social e do proveito comum, sempre com fins lícitos. Tratando-se de fluxo de informações de natureza operacional, sigilosa ou de informativos de inteligência, com o escopo de instruir ou viabilizar inquérito policial, ou seja, atos de natureza de polícia judiciária, o compartilhamento de informações é restrito a órgãos públicos competentes e sempre sob a presidência e supervisão da autoridade de polícia judiciária que é o Delegado de Polícia.

Estando presente a figura do Delegado de Polícia, na posição de garante, coordenador e supervisor das operações, é legal, lícito e ético a coleta, análise e

tratamento de informações por órgãos parceiros, pois impera o interesse público na persecução criminal, resguardadas as garantias e direitos individuais e coletivos.

O que não é permitido e nem admitido legalmente é a ação isolada, sem a prática de atos de polícia judiciária, de acesso e quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico e telemático sem a devida autorização judicial em procedimento investigatório que necessariamente deve estar sob o comando, supervisão e tutela de um Delegado de Polícia, autoridade competente constitucionalmente para a prática de atos de polícia judiciária.

### 3.5 Secretismo e democracia

O viés de inteligência de Estado (estratégica, de defesa nacional, de segurança pública e de polícia judiciária), principalmente quando operacionalizada por policiais, militares e analistas, sofreu alguns tropeços ocasionados pela frágil perspectiva ética, em tempos não tão remotos, para retornar ao seu papel de obter informações em nível estratégico decisório, voltado para o combate ao crime organizado.

Não há como discordar da relevância da atividade de inteligência na defesa do Estado e da sociedade, como anota Joanisval Gonçalves (2005, p. 15-16); entretanto, evidencia-se o grande dilema sobre o papel da inteligência em regimes democráticos:

(...) como conciliar a tensão entre a necessidade premente do segredo na atividade de inteligência e a transparência das atividades estatais, essencial em uma democracia?"<sup>9</sup>

“Associada a essa questão, outra preocupação surge, sobretudo nas sociedades democráticas, que viveram, em passado recente, períodos autoritários: como garantir que os órgãos de Inteligência desenvolvam suas atividades de maneira consentânea com os princípios democráticos, evitando abusos e arbitrariedades contra essa ordem democrática e contra os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos?”<sup>10</sup>

Prossegue o culto Consultor Legislativo do Senado Federal<sup>11</sup> e chama a atenção para a maneira como determinada sociedade lida com o dilema transparência *versus* secretismo,<sup>12</sup> em termos de procedimentos e atribuições dos serviços de

Inteligência, que seria, na sua percepção, um indicador do grau de desenvolvimento da democracia nessa sociedade.<sup>13</sup>

De fato, o Estado é, em sua essência, cercado pelo secreto, como anota Robson Gonçalves (2007, p. 5), e não haveria de ser de outra forma, pois o sigilo e a discrição fazem parte das ações de governo, da manutenção da soberania e da obtenção de vantagens estratégicas, sendo imprescindível para o país “esse manto de proteção às informações ditas de ‘segurança nacional’ e a busca por informações que possam revelar ameaças ou oportunidades ao País”.

Em despreziosa síntese, nas palavras de Menezes e Gomes (2006, p. 40):

Deve-se desfazer da antiga mística do secretismo que envolvia as ações de inteligência tradicionais. Não que esse fenômeno deva ser de todo ignorado, mas é preciso reconfigurar o papel da inteligência policial quanto ao seu papel em um contexto democrático, suas possibilidades e limites, bem como as formas de sistematização e armazenamento dos dados respectivos.

A escola tradicional de inteligência alterou seus paradigmas, no campo policial, a partir das novas necessidades de obtenção e tratamento de dados voltados não mais para a formação pura e simples de dossiês contra supostos inimigos do Estado ou relacionados às atividades de interesse dos governantes.

A moderna escola de inteligência busca a satisfação intransigente das necessidades do povo brasileiro, no campo estratégico, decisório de políticas públicas do Estado e de segurança pública. Com muita propriedade, Bessa (2004, p. 71) insiste que “ao profissional de inteligência das organizações estatais não é permitido ter uma agenda própria, ele é um servidor do povo e da Constituição, que deve ter por linha-mestra o interesse da sociedade e do Estado”.

Ao descortinar a dicotomia secreto *versus* transparência, o Estado, ao mesmo tempo em que deve manter sua atividade de inteligência com discrição e denodo, tem que buscar o delicado ponto de equilíbrio com o enaltecimento do direito à informação, o direito de petição e o acesso a dados públicos, sem deixar que o exacerbado secretismo prejudique as ações voltadas ao combate ao crime organizado, pois, como registram Menezes e Gomes (2006, p. 39), “ainda existe compartimentação excessiva, que é desnecessária e improdutiva: ao invés de garantir uma hipotética segurança, inviabiliza-se a utilização das informações em trabalhos de repressão ao crime organizado”.

Destaca Lorenz de Azevedo (2002, p. 5), Diretor da Diretoria de Inteligência Policial do Departamento de Polícia Federal, que:

As democracias não podem liquidar com o crime organizado, a partir da invasão indiscriminada na privacidade de seus nacionais, no curso de investigações policiais.

A inteligência policial, cumpridora dos preceitos legais vigentes nas democracias, atuando na prevenção, obstrução, identificação e neutralização das ações do crime organizado, sempre em proveito dos interesses da justiça e em defesa da sociedade, através de extensa coleta de dados e com ampla capacidade de busca dos conhecimentos necessários, desponta como a opção juridicamente viável e socialmente aceita no combate à violência e ao crime organizado.

Nesse cenário, a Polícia Federal tem, na prática da atividade de inteligência, o carro-chefe de seu trabalho, já alicerçado em pilares democráticos e exercido nos limites legais, como o do art. 6.º da Lei 9.296/1996, que dispõe sobre a comunicação e acompanhamento pelo Ministério Público, nos casos de interceptação telefônica, precedida de autorização judicial fundamentada (art. 5.º).

### **3.6 Controle externo da atividade de inteligência**

O art. 6.º da Lei 9.883/1999 dispôs que o controle e a fiscalização externos da atividade de inteligência, bem como dos atos decorrentes da execução da Política Nacional de Inteligência, serão exercidos pelo Poder Legislativo e o respectivo órgão será integrado pelos líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, assim como os Presidentes das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Em 21.11.2000, com tal propósito, foi instalada a Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência (CCAI), que substituiu o antigo Órgão de Controle e Fiscalização Externos da Política Nacional de Inteligência.

Cepik (2005, p. 86-87) menciona que a CCAI enfrentou, pelo menos até o ano de 2004, dificuldades para exercer suas funções de controle, as quais decorrem de três fatores principais:

1) Do próprio desenho institucional do órgão, presidido a cada ano em caráter rotativo pelo presidente da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado e da Câmara dos Deputados; 2) da falta de recursos técnicos e de pessoal, como exemplifica o fato de que a única funcionária do Senado que se especializou no tema e contribuiu decisivamente para implementar a CCAI tem que apoiar os trabalhos de várias comissões e da mesa diretora do Senado; 3) da falta de assertividade do Congresso Nacional como um todo no trato com os componentes militares e policiais do Sisbin, uma vez que a Abin e os demais Ministérios não parecem ter colocado maiores obstáculos ao trabalho da comissão ao longo destes primeiros anos.

A execução da Política Nacional de Inteligência, fixada pelo Presidente da República, é atribuição da Abin, sob a supervisão da Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Conselho de Governo (art. 5.º, da Lei 9.883/1999).

E, por tal razão, é à Abin, por força do art. 10, IX, do Dec. 4.376/2002, que cabe representar o Sistema Brasileiro de Inteligência perante o órgão de controle externo da atividade de inteligência.

### **3.7 Cooperação internacional de serviços de inteligência**

Herman (1996, p. 217) propala que a cooperação do processo de inteligência é um fator chave de sucesso regional nos aspectos de defesa e de integração econômica (*apud* Ribeiro, 2006, p. 124) e define a inteligência como uma atividade multinacional, sendo que o poder da inteligência nacional não é função apenas de capacidades nacionais, mas também de cooperação e produção externa obtida, *in verbis*:

(...) modern intelligence is a multinational activity. National intelligence power is a function not only of national capabilities but also of the foreign cooperation and product they obtain.

O fruto da cooperação internacional entre os serviços de inteligência é a maximização do potencial informativo obtido através da convergência de dados e ações de inteligência e de gestão de conhecimento, em contraponto a ações difusas, dispersas e individuais.

Afirma Herman (1996, p. 213, *apud* Ribeiro, *idem*) que uma razão básica para o incentivo à cooperação é que sempre existe mais informação potencialmente

disponível que qualquer agência estatal possa coletá-la por si só: “(...) *one basic reason for cooperation is that there is always more information potentially available than any agency can collect by itself*”.

A integração trará inúmeros benefícios, que são arrolados por Fábio Ribeiro (2006, p. 125-126):

- fortalecimento do ciclo de inteligência regional contra as ameaças latentes e a integração das informações estratégicas comuns aos Presidentes das Repúblicas;
- intercâmbio de analistas e profissionais de inteligência para o conhecimento das culturas e práticas para a condução de um processo de inteligência regional;
- estabelecimento de uma escola integrada de inteligência, que visa atender as necessidades do complexo exterior e da política internacional de cada estado;
- integração dos sistemas de inteligência nacional de cada estado, em combate às ameaças junto à segurança internacional;
- estabelecimento de um controle integrado da atividade, juntamente ligada ao processo de defesa da região, de forma institucionalizada;
- criação de um banco de informações, que congrega todas as fontes e potencialidades de inteligência para a estruturação de políticas de segurança e defesa regional;
- fortalecimento da inteligência militar e geração de conhecimento para o complexo de defesa da América do Sul, além do fortalecimento da integração e cooperação das Forças Armadas da região;
- dotação de uma força conjunta de inteligência integrada ao sistema internacional de polícia, que possa estabelecer um banco de informações completo e em tempo real do crime organizado internacional;
- gerar uma estrutura de informações estratégicas que possa estabelecer parâmetros para o desenvolvimento de estratégias nacionais e conjuntas, onde cada governo possa aproveitar suas potencialidades através de um sistema de fortalecimento do Mercosul, através de Inteligência Econômica, Inteligência Financeira e Inteligência Estratégica.

#### 4. Inteligência policial: em busca da integração e sistematização

A *inteligência policial*, ou melhor, os serviços de inteligência de polícia judiciária e mesmo a inteligência de segurança pública (ISP) se voltam, especificamente, para a realização da justiça criminal, de propósito instrutório e probatório criminal (repressão, que acontece reativamente, depois da eclosão do crime, e se concretiza por atos de investigação), bem como para a prevenção e controle de criminalidade (*softwares* de georreferenciamento, quadros de padrões criminais, estatísticas, mapeamento de “manchas de criminalidade”).

A *inteligência policial* é, nas precisas palavras de Celso Ferro Júnior (2005, p. 9), a atividade que objetiva “a obtenção, análise e produção de conhecimentos de interesse da segurança pública no território nacional, sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência da criminalidade” e também assessorar “as ações de polícia judiciária e ostensiva por intermédio da análise, compartilhamento e difusão de informações.”

Note-se que há uma diferença entre a atividade de inteligência de Estado e a atividade de inteligência policial. Enquanto a primeira prima pelo assessoramento das autoridades de governo, no processo decisório, a segunda busca a produção de provas da materialidade e da autoria de crimes. A *inteligência policial* é, em suma, voltada para a produção de conhecimentos a serem utilizados em ações e estratégias de polícia judiciária, com o escopo de identificar a estrutura e áreas de interesse da criminalidade organizada, por exemplo.

Pacheco (2005, p. 5) leciona que a inteligência dita de Estado (ou seja, relativa à segurança nacional, isto é, do Estado e da sociedade como um todo) deve ser complementada pela inteligência de segurança pública (ISP), cujo conceito está em construção. Para o Promotor de Justiça de Minas Gerais, a inteligência de segurança pública (ou inteligência criminal) divide-se em inteligência policial (desenvolvida no âmbito das Polícias), e inteligência prisional (ou, mais restritivamente, inteligência penitenciária, desenvolvida no âmbito dos estabelecimentos prisionais).

Lorenz de Azevedo, Diretor de Inteligência Policial do DPF (2002, p. 5), destaca que, na seleção do pessoal adequado às operações de inteligência policial, serão consideradas as aptidões inatas e o prévio treinamento em missões de combate ao crime organizado e que a continuidade dos procedimentos de coleta e busca executados pelos policiais conhecedores da investigação é essencial para o sucesso operacional. Também, anota o experiente dirigente e Delegado de Polícia Federal que:

A experiência demonstra que o tempo de permanência dos policiais nos trabalhos de monitoramento das comunicações telefônicas influirá na sua capacidade de interpretar corretamente as mensagens implícitas existentes nas conversações interceptadas, distinguindo com precisão as manifestações subjetivas dos investigados reveladoras de suas reais intenções.

A inteligência policial, na área de segurança pública, deve estar voltada, especialmente, para a produção de prova criminal, a ser utilizada em ação penal cujo caráter é público contra organizações criminosas. É preciso, para que não se distancie desse norte, reconfigurar o papel da inteligência policial quanto ao seu desempenho, sua ação, em um contexto democrático, suas possibilidades e limites, bem como as formas de sistematização e armazenamento dos dados respectivos.

#### **4.1 Gestão de conhecimento e compartilhamento**

Para aprimoramento dos sistemas de inteligência e de combate ao crime organizado, o Estado tem que promover o compartilhamento de dados com estabelecimento de canais formais. Há bancos de dados institucionais da Polícia Civil, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Militar, Exército, Marinha, Aeronáutica, Abin, Detran, bancos de dados policiais das delegacias especializadas em lavagem de dinheiro, imigração ilegal, assalto a banco e, ainda, os não-policiais como os da Receita Federal, Dataprev/INSS, CNIS, mas os setores responsáveis pelo gerenciamento dos dados respectivos não interagem, o que gera enorme quantidade de dados perdidos e pouco trabalhados.

Mingardi (2006, p. 46-47) faz uma abordagem direta da questão: no caso brasileiro não existe sistema definido, cada Estado da federação tem ou não tem um sistema de inteligência policial e, na maioria das vezes, existe multiplicidade de órgãos que disputam migalhas de informações. O ex-Secretário de Segurança de Guarulhos, a fim de reafirmar o seu posicionamento, invoca o exemplo paulista:

A Polícia Militar tem seu grupamento de inteligência, com status de batalhão, que é a P2, e cada batalhão tem sua própria unidade de P2. Na Polícia Civil existe o Dipol (Departamento de Inteligência Policial). No Departamento de Narcóticos (Denarc) também

existe uma divisão de inteligência, da mesma forma que no Deic, departamento que deveria enfrentar o crime organizado, mas cuida basicamente de crimes contra o patrimônio. Com frequência, os departamentos de polícia do interior também têm seus setores de inteligência. Mesmo assim, cada vez que ocorre uma rebelião nos presídios ou um ataque contra a polícia, os órgãos policiais são pegos desprevenidos. Ou seja, existem muitos órgãos e pouca inteligência.

A dispersão de esforços começa na coleta de dados, seja através de agentes de campo ou da coleta de informações públicas. As diversas agências com frequência correm atrás do mesmo objetivo, através das mesmas fontes, por falta de comunicação ou delimitação de tarefas ou até por pura rivalidade. O mesmo ocorre na hora do armazenamento dos dados. Na maioria dos estados, os dados coletados pelos órgãos de segurança pública normalmente são armazenados em bancos de dados diferentes, muitas vezes ficando apenas no papel.

É incontestável que a vivência profissional de Guaracy Mingardi o habilita, com a autoridade de quem foi Secretário de Segurança, a discorrer essas audaciosas linhas numa seara tão pouco explorada. O referido exemplo é didático e demonstra, na prática, a situação que o autor se propôs a expor: falta de comunicação entre as instituições, ausência de *interface* entre os sistemas informatizados, visão restrita do conhecimento e secretismo em razão de poucas informações que só têm sentido se reunidas, jamais quando pulverizadas.

Marco Aurélio Cepik (2003-c, p. 110) expõe sua concepção a respeito da eficácia e eficiência de múltiplos sistemas de inteligência, com contornos análogos ao pensamento de Guaracy Mingardi:

Diferentes sistemas nacionais de inteligência são mais ou menos institucionalizados, mais ou menos adaptáveis, complexos, autônomos e coerentes. Em síntese, mais ou menos ágeis. Como seus desempenhos diferenciados têm consequências para a segurança nacional, seria preciso discutir ainda a questão dos possíveis efeitos de uma precária supervisão congressual sobre o desempenho dos serviços de inteligência e, de modo geral, sobre o segundo

desafio associado à institucionalização: o da compatibilização desses sistemas nacionais de inteligência com o princípio da transparência (...).

As consequências de manutenção do *status quo* dos serviços de inteligência como órgãos públicos burocráticos, sem aproximação, e focados apenas em competência das agências para problemas locais e específicos são de todos conhecidas: os ataques do PCC em São Paulo e os atentados terroristas em Nova Iorque (11/09) não foram evitados, por mais sofisticados que sejam os serviços de inteligência paulista e norte-americano.

As declarações do Diretor-Geral da Abin e ex-Diretor-Geral do DPF ressoam e marcam o leitor pela radiografia perfeita: “a cultura dos órgãos da administração pública é a de não trocar informações” (Paulo Lacerda, 2007, 1.º caderno, *apud* Romero, 2007). É preciso disseminar as informações e desburocratizar.

Outro fator preocupante é a perda do conhecimento, quando o operador e desenvolvedor do banco de dados não providencia uma interface amigável de comunicação com outros cadastros.

Aliás, observa-se, diuturnamente, que, muitas vezes, na ausência de iniciativa governamental, é o próprio policial ou profissional de segurança pública, dedicado e interessado, que monta sua própria base de dados. Infelizmente, em que pese a dedicação exclusiva e amor ao serviço público e à sociedade desses profissionais, nem sempre o Estado se preocupa com a continuidade desse trabalho hercúleo e sua valorização.

Com razão, asseveram Ferro Júnior *et al* (2005, p. 73) que a sobrevivência das organizações contemporâneas, a exemplo das instituições policiais, a Abin, a Receita Federal do Brasil, depende cada vez mais da “capacidade de se construir um modelo de gestão do conhecimento, com estratégia, estrutura, decisão e identidade, apto a responder a um contexto cada vez mais complexo e instável da sociedade”.

Nessa construção de um modelo de gestão – do conhecimento (específico) ou das instituições públicas (geral, amplo), sendo que ambas as gestões são estratégicas –, o papel das academias e escolas de formação profissional são fundamentais, muito embora nossa tradição de “escolas de governo” e academias de administração pública seja pequena e relegue o conhecimento e a formulação teórica ao modelo empírico, como observa Kelsem Rios (2008, p. 1).

Mas é possível vislumbrar iniciativas muito oportunas que tentam mudar o rumo sombrio que se delinea.

## 4.2 Iniciativas públicas para compartilhamento de dados e preservação do conhecimento

O novo passaporte brasileiro,<sup>14</sup> implantado no ano de 2007, atende às normas internacionais estabelecidas pela Organização de Aviação Civil Internacional (Icao)<sup>15</sup> e possibilita a formação de um banco de dados com as informações principais e dados biométricos dos usuários de transporte aéreo internacional, em trânsito no País. Com nova roupagem, permite o registro imediato, em sistema informatizado, da entrada e saída de brasileiros e estrangeiros do território nacional, além de registrar, por código de barras bidimensional, a fotografia do passaporte.

Na reunião da ENCCLA 2008 (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos)<sup>16</sup> foram traçadas metas a serem cumpridas justamente no tocante à criação e consulta de base de dados intergovernamentais, *in verbis*:

- expandir a rede Infoseg para integrar os cadastros de identidades civis dos estados, passaportes, Sinpi, CNIS, aeronaves e embarcações;
- desenvolver sistema de informação processual criminal integrado entre Polícia Federal e Civil, Ministérios Públicos Federal e Estadual e Justiças Federal e Estadual;
- elaborar manual contendo descrição das bases de dados disponíveis em cada órgão da ENCCLA, estruturados em suporte eletrônico ou não, incluindo as espécies de informações e a forma de obtê-las;
- propor medidas para aperfeiçoar a segurança documental das certidões de registros civis.

A partir do ano de 2009, a metodologia de trabalho da ENCCLA foi modificada para criação não mais de metas, mas de ações. Estas ações decorrentes de grupos de trabalho no âmbito da ENCCLA foram tripartidas em focos a) operacional e estratégico; b) jurídico, e c) tecnologia de informação. Com o foco de tecnologia da informação, a ação integrada destacou a importância de ações quanto a sistemas de informação (criação, acesso, integração, interoperação e aprimoramento de sistemas de informação em geral); indicadores e estatística (análise estatística e numérica dos assuntos relevantes para tomada de decisão dos grupos da ENCCLA); e pesquisa e análise (apoio a projetos de aprofundamento de temas, com vistas ao uso de tecnologia para solução de problemas, ressaltando o viés do aumento da capacidade de análise).

Na Conferência Diplomática sobre Proteção Marítima, realizada em Londres, no mês de dezembro de 2002, foi adotado, pela Organização Marítima Internacional, o Código Internacional de Segurança e Proteção de Embarcações e Instalações Portuárias (*ISPS Code*),<sup>17</sup> com 104 páginas, que estabelece medidas relativas à proteção de navios e instalações portuárias, os papéis e responsabilidades dos Estados partícipes das Nações Unidas, de modo a detectar e dissuadir atos que ameacem a segurança no setor de transporte marítimo.

O Projeto Fronteiras, implantado pela Senasp em conjunto com a Federação Nacional de Empresas de Seguros e Resseguros do Brasil (Fenaseg), possibilita a análise e monitoramento das principais rodovias do Brasil e facilita a produção de conhecimento estratégico e tático acerca da movimentação de veículos com irregularidades administrativas ou registro de ocorrência de roubo ou furto. A ferramenta desenvolvida no âmbito do Projeto Fronteiras possibilita a análise da conjuntura e viabiliza a gestão de conhecimento para a realização do policiamento preventivo e do policiamento repressivo/investigativo (Magalhães, 2006).

Quando o projeto for concluído integralmente, o resultado que se espera alcançar é o aumento da eficácia e da capacidade de resposta do poder público ao combate do roubo de cargas.

As iniciativas governamentais para proteção do solo, espaço aéreo e marítimo e de seus nacionais se multiplicaram após o evento fatídico do *11 de Setembro*. Aperfeiçoamento de sistemas informatizados, construção de bases de dados, passaportes com leitura ótica e dezenas de detalhes contra fraudes são apenas parte de um pacote de segurança pública e defesa nacional adotados mundialmente, que impescinde da compartimentação de dados sem secretismo exacerbado, competição ou canais burocráticos.

## 5. Conclusão

É incontestável e premente a maior interação entre os órgãos internos do Departamento de Polícia Federal, outros órgãos policiais e de segurança do Estado, com a mitigação da exacerbada compartimentação, com a comunicação em tempo real de possíveis ameaças ao Estado, a fim de neutralizar as ações criminosas.

Veja-se que é recente, nas nossas memórias, o atentado terrorista do *World Trade Center*, em Nova Iorque, referido no meio policial especializado como *nine-eleven*, debitado à falta de comunicação do *Escritório Federal de Investigação* (FBI) com o Serviço de Imigração e a *Agência Central de Inteligência* (CIA), quanto à presença de terroristas em solo norte-americano e seus treinamentos em

escolas de aviação, arquitetados sob o codinome de *Projeto Bojinka*.<sup>18</sup> Obviamente, além da falha de difusão,<sup>19</sup> é possível que o poder ofensivo das células terroristas tenha sido subestimado.<sup>20</sup>

É possível e almejável reverter a restrição de acesso às informações de inestimável valor para a atividade investigatória e de inteligência da Polícia Federal, desde que sejam revistos os métodos de gestão do conhecimento, capazes de organizar e sistematizar um fluxo pelos quais as informações possam não apenas chegar a todos que tenham interesse por elas, mas estar disponíveis para consulta e uso, quando for o caso.

Reconheça-se, por justiça, que esse é um problema que, no Brasil, perpassa por todo o sistema de segurança pública, cujas polícias encontram-se, no geral, e de imediato, mais preocupadas em resolver o crônico problema de sucateamento e baixa remuneração de que são vítimas, e que não têm tempo para produzir, de modo aceitável, conhecimento passível de armazenagem e utilização.

É pela efetiva cooperação entre as agências intergovernamentais, em sentido amplo, mitigação do secretismo oficial, investimento maciço em recursos tecnológicos e na área de inteligência, que podem ser desencorajadas ações recentes do Primeiro Comando da Capital (PCC), que ocorrem desde 1997 (no ano de 2002: uma onda de mais de 40 rebeliões no Estado de São Paulo; no mês de maio/2006: 299 ataques, 82 rebeliões carcerárias, em nível nacional e simultâneas, 42 agentes públicos assassinados; no mês de julho/2006: 106 ataques, 6 agentes penitenciários assassinados), como as das bases do crime organizado e as das organizações terroristas que poderiam e podem ser suplantadas e extirpadas, minimizando-se, assim, perdas e maximizando-se as ações dos órgãos de segurança pública.

## Notas

<sup>1</sup> DANTAS, George Felipe de Lima. Crime organizado. Disponível em: <<http://www.cobrapol.org.br/HTML/noticia.asp?cod=119>>. Acesso em: 12.02.2008.

<sup>2</sup> *Inteligência Competitiva* é o resultado da análise de dados e informações coletados do ambiente competitivo da empresa que irão embasar a tomada de decisão, pois gera recomendações que consideram eventos futuros e não somente relatórios para justificar decisões passadas. (Gomes; Braga, 2001, p. 28, apud Fernandes, 2006, p. 13). Bessa (2004, p. 68) ensina que “a inteligência competitiva faz uso intensivo das chamadas fontes abertas – informações publicamente disponibilizadas – em contraposição ao modelo vigorante nas agências estatais de inteligência que valoriza prioritariamente as informações de fontes secretas”.

<sup>3</sup> *Conhecimento de Inteligência* é o resultado da aplicação da metodologia para a produção do conhecimento sobre um conjunto de dados, processados ou não, pertinentes a determinado assunto de interesse da atividade de Inteligência. (Brasil, 1995, 1.ª parte, p. 3-1, apud Fernandes, 2006, p. 11).

Para Fernandes (idem), “o produto desse processo poderá ser uma *Informação* ou *Inteligência*. O conhecimento *Informação* é definido como uma série de dados organizados de um modo significativo, analisados e processados. Agregamos valor a esse produto avaliando sua pertinência, qualidade, confiabilidade e relevância, e integrando-o a um saber anterior. A partir desse trabalho, elabora-se um quadro da situação que gera hipóteses, sugere soluções, justificativas de sugestões, críticas de argumentos”.

<sup>4</sup> Excepcionada a coordenação, planejamento e execução de atividade de inteligência operacional necessária ao planejamento e à condução de campanhas e operações militares das Forças Armadas, no interesse da defesa nacional (art. 10, parágrafo único do Dec. 4.376/2002).

<sup>5</sup> São órgãos integrantes do Sisbin: Ministérios da Justiça (Senasp, SNJ, DPF, DPRF, Depen, DRCI), Saúde (Anvisa), Meio Ambiente, Trabalho e Emprego, Ciência e Tecnologia, Previdência Social, Integração Nacional (Secretaria Nacional de Defesa Civil), Relações Exteriores (Coordenação-Geral de Combate aos Ilícitos Transnacionais), Fazenda (RFB, Bacen, Coaf), Defesa (Departamento de Inteligência Estratégica da Secretaria de Política, Estratégia e Assuntos Internacionais, Centro de Inteligência da Marinha, Centro de Inteligência do Exército, Secretaria de Inteligência da Aeronáutica), Casa Civil da Presidência da República (Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia – Censipam), Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Controladoria-Geral da União e Abin.

<sup>6</sup> Integram o subsistema, obrigatoriamente, os Ministérios da Justiça (MJ), da Fazenda (MF), da Defesa (MD) e da Integração Nacional e o GSI/PR, tendo como órgão central a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp/MJ) e, facultativamente, os órgãos de Inteligência de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal, que participam como membros eventuais do Conselho Especial do Sisp, sem direito de voto.

O Conselho Especial do Sisp se reúne trimestralmente e tem entre suas funções o acompanhamento e avaliação do desempenho da atividade de inteligência de segurança pública. É integrado, permanentemente, e com direito de voto, pelo Senasp, que o presidirá; um representante da DIP/DPF; um da área operacional da Polícia Rodoviária Federal (DPRF/MJ); um do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF/MF); um da Coordenação Geral de Pesquisa e Investigação (Copei) da RFB/MF; dois do Ministério da Defesa; um do GSI/PR; um da Defesa Civil do Ministério da Integração Nacional; e um da Abin.

<sup>7</sup> No sítio do Ministério da Justiça na Internet, consta uma lista de conceitos básicos definidos pela Senasp:

“A *Defesa Social* inclui, entre outras atividades, a prestação de serviços de segurança pública e de defesa civil.

A *Segurança Pública* é uma atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei.

A *Defesa Civil* é um conjunto de medidas que visam prevenir e limitar, em qualquer situação, os riscos e perdas a que estão sujeitos a população, os recursos da nação e os bens materiais de toda espécie, tanto por agressão externa quanto em consequência de calamidades e desastres da natureza. A prestação de serviços públicos de segurança, em sua expressão PolíCIA Geral, inclui o policiamento ostensivo, a apuração de infrações penais e a guarda e recolhimento de presos. A premissa maior da atividade de segurança pública é a sua perspectiva sistêmica, expressa na interação permanente dos diversos órgãos públicos interessados e entre eles e a sociedade civil organizada.

A prestação de serviços públicos de segurança engloba atividades repressivas e preventivas, tanto de natureza policial quanto não-policial, a exemplo, como no caso do provimento de iluminação pública.

Os serviços de segurança pública de natureza policial e não-policial devem buscar estabelecer, aperfeiçoar e manter, conjunta e permanentemente, um sentimento coletivo de segurança.” Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 14.02.2008.

<sup>8</sup> Na opinião de Fernandes (2006, p. 16), os órgãos públicos, por seus serviços e unidades de nível tático-operacional, em termos de produção de conhecimento, elaboram e utilizam *informações* e “não produzem *conhecimentos de nível estratégico* e raramente se valem de conhecimentos estratégicos para suas ações, seja de coleta/busca, seja na execução de uma tarefa específica em sua área de atuação” (sequestro, estelionato, outras fraudes).

Para o autor, *conhecimento de nível tático-operacional* é o conhecimento requerido para subsidiar as ações dos órgãos/unidades operacionais, em cumprimento a diretrizes de um plano maior (o plano estratégico), enquanto que o *conhecimento de nível estratégico* é o conhecimento requerido para a formulação de planos e políticas no nível nacional ou internacional, referente ao Estado, ou a uma instituição ou organização.

<sup>9</sup> “Although secrecy is a necessary condition of the intelligence services’ work, intelligence in a liberal democratic state needs to work within the context of the rule of law, checks and balances, and clear lines of responsibility. Democratic accountability, therefore, identifies the propriety and determines the efficacy of the services under these parameters.” Born [2004]: 4.

<sup>10</sup> Thomas Bruneau. *Intelligence and democratization: the challenge of control in new democracies*. The Center for Civil-Military Relations – Naval Postgraduate School, Monterey: Occasional Paper # 5 [March, 2000]: p. 15-16.

<sup>11</sup> Área de Relações Exteriores e Defesa Nacional.

<sup>12</sup> Para Robson Gonçalves (2007, p. 5): “A natureza secreta das atividades de inteligência permite que muitas vezes sua missão seja desvirtuada. Estados totalitários utilizam-se das ferramentas de inteligência, dos conhecimentos obtidos e dos cenários projetados para ‘jogos de poder’ e para auferir vantagens pessoais para seus governantes. Nas democracias, mecanismos de controle são criados para impedir o uso político dos serviços de inteligência, porém nem sempre estes controles são efetivos e a frágil barreira ética que impede seu mau uso é constantemente rompida”.

<sup>13</sup> Peter Gill. *Policing politics: Security and the liberal democratic State* [London: Frank Cass, 1994].

<sup>14</sup> Na cor azul, o novo passaporte brasileiro tem 16 itens de segurança: código de barras bidimensional, fundo com microletras, fundo com impressão íris, fundo com impressão invisível, impressão intaglio com imagem latente, laminado de segurança – proteção dos dados, marca d’água posicionada *mould made*, papel com fibras visíveis e invisíveis, papel com fio de segurança, papel reativo a produtos químicos, tintas sensíveis à abrasão e a solventes, fio de costura luminescente bicolor, perfuração cônica a laser, costura das páginas com arremate, entre outras características. Disponível em: <<http://www.passaporte.info/>>. Acesso em: 08.02.2008.

Disponível em: <[http://www.dpf.gov.br/web/servicos/duvidas\\_frequentes\\_resposta.htm](http://www.dpf.gov.br/web/servicos/duvidas_frequentes_resposta.htm)>. Acesso em: 08.02.2008.

Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/passaporte/#>>. Acesso em: 08.02.2008.

<sup>15</sup> *International Civil Aviation Organization*.

<sup>16</sup> No tocante à reunião da ENCLA 2006 (Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro), realizada na cidade de Vitória/ES de 8 a 11.12.2005, citamos as seguintes metas: – elaborar documento que regulamente o acesso dos Ministérios Públicos Estaduais às informações protegidas por sigilo fiscal;

- apresentar relatório sobre a possibilidade de informatizar o acesso do Poder Judiciário, do Ministério Público Federal e do Coaf às informações da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB);
- propor medidas para aperfeiçoar a proteção de informações sigilosas;
- elaborar projeto para aprimorar a cooperação jurídica internacional nas áreas de fronteira;
- implantar sistema unificado e nacional de cadastramento e alienação de bens, direitos e valores sujeitos a constrição judicial, até sua final destinação;
- obter acesso integrado aos dados das Juntas Comerciais para os membros do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (GGI-LD);
- obter do Ministério das Comunicações e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) a elaboração de cadastro nacional de assinantes de telefonia fixa e móvel e de Internet;
- completar a primeira fase da integração do acesso ao conteúdo das bases de dados patrimoniais, incluindo, pelo menos, as bases de veículos terrestres, aeronaves e embarcações.
- em novembro de 2006 houve a reunião da ENCCLA 2007 (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro), na qual foi incluído o combate prioritário também à corrupção e foram traçadas novas metas, entre as quais se destacam:
  - elaboração de anteprojeto de lei para uniformizar e acelerar a comunicação, pelos órgãos de fiscalização e controle da Administração Pública, de indícios de ilícitos aos órgãos de investigação, inteligência e persecução penal;
  - regulamentação da obrigação de reportar operações suspeitas relacionadas a terrorismo e seu financiamento.

O acesso completo às metas do ENCCLA referentes aos anos de 2008 e anteriores está disponível no sítio do Ministério da Justiça na rede mundial de computadores: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJDD198628PTBRIE.htm>>.

<sup>17</sup> *International Ship and Port Facility Security*.

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u98858.shtml>>. Acesso em: 10.02.2008.

<sup>19</sup> Condoleezza Rice, assessora de Segurança Nacional do presidente George W. Bush, prestou depoimento, no mês de abril de 2004, diante da comissão bipartidária que investigou as circunstâncias dos atentados de 11.09.2001. Segundo reportagem de Caio Blinder da rede de notícias BBC Brasil, “Rice admitiu que havia alguns sinais de um grande ataque terrorista, mas insistiu não haver uma solução mágica para preveni-lo ou informações que indicassem que aviões com terroristas suicidas seriam usados como mísseis em Nova York e Washington” e “observou que até para a coleta eficiente de informações existiam ‘impedimentos legais e estruturais’ antes do 11 de setembro, como a falta de comunicação entre o FBI e a CIA”.

Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2004/04/040408\\_caioblinderas.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2004/04/040408_caioblinderas.shtml)>. Acesso em: 08.02.2008.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.americanfreepress.net/html/archives.html>>. Acesso em: 12.01.2005.

## Referências

- AFONSO, Leonardo Singer. Fontes abertas e inteligência de Estado. *Revista Brasileira de Inteligência* 2-2/49-62. Brasília: Abin, abr. 2006.
- ALVES, Rex Nazaré. O papel da atividade de inteligência em relação às políticas

- públicas. Seminário internacional. A atividade de inteligência e os desafios contemporâneos. Brasília: Abin, nov. 2005.
- AZEVEDO, Daniel Lorenz de. “Atividade de inteligência na prevenção do crime organizado” (mesa n. 6). Seminário: Atividades de inteligência no Brasil. Brasília: Abin, CCAI, Faperj, 07.11.2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Conselho/CCAI/SemCCAI.asp#>>. Acesso em: 08.02.2008.
- BESSA, Jorge da Silva. “A importância da inteligência no processo decisório. III Encontro de estudos: desafios para a atividade de inteligência no século XXI”. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI/PR), Secretaria de Acompanhamento de Estudos Institucionais, set. 2004.
- BRASIL. Agência Brasileira de Inteligência. *Revista Brasileira de Inteligência* 1-1. Brasília, 2005.
- \_\_\_\_\_. Conselho Consultivo do Sisbin. *Manual de inteligência: doutrina nacional de inteligência: bases comuns*. Brasília, 2004.
- \_\_\_\_\_. Escola Superior de Guerra. *Manual Básico – elementos doutrinários*. Rio de Janeiro, 2005. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. Gabinete de Segurança Institucional. Secretaria de Acompanhamento de Estudos Institucionais. *III Encontro de estudos: desafios para a atividade de inteligência no século XXI*. Brasília, set. 2004.
- \_\_\_\_\_. Ministério do Exército. Estado-Maior do Exército. IP 30-1. *A atividade de Inteligência militar: 1.ª Parte: Conceitos básicos*. Brasília: EGCF, 1995.
- CEPIK, Marco Aurélio Chaves. Serviços de inteligência na era da informação? Resenha do Livro de Michael Herman. *Revista de Sociologia e Política* 18/ 151-156. Curitiba: UFPR, jun. 2002.
- \_\_\_\_\_. *Espionagem e democracia*. Rio de Janeiro: FGV, 2003a.
- \_\_\_\_\_. Inteligência militar. In: Aldo Rebelo; Luis Fernandes. (orgs.). *Política de defesa para o Século XXI*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003b. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. Sistemas nacionais de inteligência: origens, lógica de expansão e configuração atual. *Revista de Ciências Sociais* 46-1/75-127. Rio de Janeiro, 2003c.
- \_\_\_\_\_. Regime político e sistema de inteligência no Brasil: legitimidade e efetividade como desafios institucionais (1999-2004). *Revista de Ciências Sociais* 48-1/67-113. Rio de Janeiro, 2005.
- DANTAS, George Felipe de Lima. A descoberta e a análise de vínculos na complexidade da investigação criminal moderna. *Jus Navigandi* 1441, ano 11, Teresina, 12.06.2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10002>>. Acesso em: 06.02.2008.

- DANTAS, George Felipe de Lima; SOUZA, Nelson Gonçalves de. As bases introdutórias da análise criminal na inteligência policial. 25.06.2004. Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br>>. Acesso em: 20.01.2007.
- \_\_\_\_\_. Crime organizado. Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Cívicos. Brasília, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.cobrapol.org.br>>. Acesso em: 12.02.2008.
- D'AVILA, Aldo Prates. Inteligência. Secretaria de Estado e Segurança Pública de Santa Catarina, 2005. Disponível em: <[www.ssp.sc.gov.br/dini/Inteligencia.htm](http://www.ssp.sc.gov.br/dini/Inteligencia.htm)>. Acesso em: 08.02.2008.
- DELADURANTEY, Joseph C. Intelligence. *The encyclopedia of Police Science*. New York & London: Garland Publishing, 1995.
- ESTADOS UNIDOS. Department of the Navy. Headquarters United States Marine Corps. *The nature of intelligence*. Washington: DC, 1997. (Marine Corps Doctrinal Publication (MCDP), 2).
- FERNANDES, Fernando do Carmo. Inteligência ou informações? *Revista Brasileira de Inteligência* 2-3/7-21. Brasília: Abin, set. 2006.
- FERRO, Alexandre Lima. Inteligência de segurança pública e análise criminal. *Revista Brasileira de Inteligência* 2-2/77-92. Brasília: Abin, abr. 2006.
- FERRO JÚNIOR, Celso Moreira. *A atividade de inteligência na polícia civil do DF*. MBA Segurança Pública e Defesa Social, disciplina Atividade de inteligência e contra-inteligência policial. Apresentação áudio-visual. Brasília, União Pioneira de Integração Social (UPIS), 2005.
- GOMES, Elizabeth; BRAGA, Fabiane. *Inteligência competitiva: como transformar informações em um negócio lucrativo*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. O controle da atividade de inteligência: consolidando a democracia. *Revista Brasileira de Inteligência* 1-1/15-32. Brasília: Abin, dez. 2005.
- GONÇALVES, Robson José de Macedo. A inteligência e o Poder Legislativo. Senado Federal, Brasília. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/seseg/doc/ArtigoRobson1.pdf>>. Acesso em: 21.01.2007.
- GOTTLIEB, S. L.; ARENBERG, S.; SINGH, R. *Crime analysis: from first report to final arrest: study guide and workbook*. Montclair: Alpha Publishing, 2002.
- HERMAN, Michael. *Intelligence power in peace and war*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- LUPSHA, Peter A. *Networks versus Networking: analysis of an organized crime group*. Beverly Hills: Sage, 1983.

- \_\_\_\_\_. Organized Crime in the United States. In: KELLY, Robert J., *Organized Crime: A Global Perspective*, p. 32-57. New York: Rowman & Littlefield, 1986.
- \_\_\_\_\_. Transnational Organized Crime *versus* the Nation-State. In Transnational Organized Crime. *Journal Offprint* 2-1/21-48. Pórtland, Spring, 1996.
- MAGALHÃES, Luiz Carlos. A inteligência policial como ferramenta de análise do fenômeno: roubo de cargas no Brasil. 19.06.2006. Disponível em: <<http://www.infoseg.gov.br/infoseg/arquivos/a-inteligencia-policial-como-ferramenta-de-analise-do-fenomeno-roubo-de-cargas-no-brasil>>. Acesso em: 10.02.2008.
- MENEZES, Rômulo Fisch de Berrêdo; GOMES, Rodrigo Carneiro. Integração dos sistemas de inteligência – por uma mudança de paradigmas e mitigação da síndrome do secretismo. *Revista Phoenix* ed. especial 7/38-42, ano 3. Brasília: Sindepol, out.-dez. 2006.
- MINGARDI, Guaracy. Inteligência policial e crime organizado. In: Renato Sérgio de Lima; Liana de Paula (orgs.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006.
- MORESI, Eduardo Amadeu Dutra. Inteligência organizacional: um referencial integrado. *Ciência da informação* 30-2/35-46. Brasília, maio-ago. 2001.
- \_\_\_\_\_; NEHME, Cláudio Chauke; FERRO JÚNIOR, Celso Moreira; ALVES, C. F. *Tecnologia da informação aplicada à cognição organizacional na atividade policial*. Anais do VII Workshop de Tecnologia da Informação: VII Workshop de Tecnologia da Informação, Brasília, 2005.
- PACHECO, Denilson Feitoza. *Atividades de inteligência e processo penal*. IV Jornada Jurídica da Justiça Militar da União – Auditoria da 4.<sup>a</sup> CJM, 30.09.2005, Juiz de Fora/MG. Disponível em: <<http://www.militar.com.br>>. Acesso em: 08.02.2008.
- RIBEIRO, Fábio Pereira. Cooperação estratégica em inteligência formação da defesa regional: uma contribuição dos serviços de inteligência. *Cadernos Proklam/USP* 1/113-128, ano 5. São Paulo: USP, 2006.
- RIOS, Kelsem Ricardo. Penso, logo resisto. *Estado de Minas*, Cad. Direito & Justiça. 14.01.2008, p. 1.
- ROMERO, Cristiano. Lacerda propõe triplicar Abin em 5 anos. *Valor Econômico*. 22.11.2007. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/modules/articles/article.php?id=1400>>. Acesso em: 08.02.2008. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=395702>>. Acesso em: 08.02.2008.
- SIANES, Marta. Compartilhar ou proteger conhecimentos? *Gestão estratégica da informação e inteligência competitiva*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, Nelson Gonçalves de. *Integração de sistemas de informação na segurança pública do Distrito Federal: um modelo de consenso e suas possibilidades*. Dissertação (Mestrado em Gestão do Conhecimento e da Tecnologia da Informação) – Pró-Reitoria de Pós-graduação e Pesquisa, Brasília, Universidade Católica de Brasília, 2003.

### **Resumo**

Existe uma necessidade cada vez maior de técnicas modernas de inteligência; porém, ainda existem problemas vinculados ao gerenciamento das informações obtidas, com possibilidade de perda de dados. O artigo propõe maior integração entre os órgãos de segurança pública, com a mitigação da exacerbada compartimentação e a comunicação, em tempo real, de possíveis ameaças ao Estado, a fim de neutralizar as ações de organizações criminosas.

Palavras-chave: Sistema de inteligência – Compartimentação – Sigilo – Secretismo – Integração – Sisbin – Segurança Pública – Cooperação.

### **Abstract**

Each day past show us that is the time of modern techniques of intelligence. There is a real necessity of changes. We still have problems to the management of the gotten information exist, with possibility of loss of data. The answer is a better integration between agencies of public security. It is necessary to reduce the red tape and secrecy and to communicate in real time of possible threats to the State in order to neutralize the action of criminal organizations.

Keywords: Intelligence system – Secrecy – Integration – Sisbin – Public Security – Cooperation.

A celeuma quanto à admissão da figura da fraude à lei tributária surgiu em decorrência, principalmente, do parágrafo único do art. 116, do Código Tributário Nacional, introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei Complementar n.º 104, de 10.01.2001. Alguns doutrinadores, a favor da sua admissão, argumentam que outras legislações, dentre elas a Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, novo Código Civil Brasileiro, corroboram tal entendimento, não obstante a fundamentação constitucional de ordem programática que apresentam. Outros, posicionando-se contra, sustentam que tal figura é incompatível com o Direito Tributário Brasileiro.

Colocada a questão, analisaremos a figura da fraude à lei tributária, conceituando-a, verificando-a em legislações estrangeiras, comparando-a com outros institutos afins, e posicionando-a em relação à Constituição Federal e ao Código Civil.

## **I – O conceito de fraude à lei tributária**

Para entendermos a espécie é necessário conceituarmos o gênero, ou seja, o que é *fraude*. **Fraude** é vocábulo derivado do latim *fraus, fraudis* (engano, má-fé, logro), que serve para caracterizar o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovida de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. Nessas condições, a fraude traz consigo o sentido do engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros. Portanto, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo a interesse de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato que evidencie a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais. É, por isso, indicativa de lesão de interesses individuais, ou contravenção de regra jurídica, a que se está obrigado. O dolo é astúcia empregada contra aquele com quem se contrata.<sup>1</sup>

Necessário, ainda, estabelecermos a conceituação de *fraude civil* e *fraude penal*. A **fraude civil** caracteriza-se pela lesividade individual do ato, ou seja, o núcleo está na ação ou omissão visando causar prejuízo a alguém integrante da relação jurídica. Já na **fraude penal**, a lesividade é social, ou seja, o núcleo está no prejuízo que atinge o interesse coletivo afetando a sociedade.<sup>2</sup>

O art. 72 da Lei n.º 4.502, de 30.11.1964, definiu a *fraude*, sob a ótica tributária, ao conceituar que

é toda ação ou omissão **dolosa** tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.<sup>3</sup> (grifos do autor)

A referida Lei definiu, ainda, as figuras da *sonegação* e *conluio* tratadas como circunstâncias agravantes na aplicação e graduação das penalidades aplicáveis. Assim, **sonegação**

é toda ação ou omissão **dolosa** tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou das condições pessoais do contribuinte que pudessem influir nessa obrigação (art. 71). (grifos do autor)

Já o **conluio** é o ajuste **doloso** entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts 71 e 72 (art. 73).<sup>4</sup> (grifos do autor)

É importante observarmos que o elemento “*dolo*” é comum nas três figuras jurídicas albergadas pela Lei.

Posteriormente, a Lei n.º 5.172, de 25.10.1966, Código Tributário Nacional, elegeu como casos de revisão do lançamento de ofício pela autoridade administrativa os seguintes, *verbis*:

Art. 149 – O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

...

IV – **quando se comprove falsidade**, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

...

VII – **quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação**;

...

IX – quando se comprove que, no lançamento anterior, **ocorreu fraude** ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão pela mesma autoridade, de ato ou formalidade essencial. (grifos do autor)

Notemos que o legislador tributário também adotou o elemento **dolo** nos casos relacionados até mesmo em relação às ações e omissões das autoridades administrativas. Logo, até aqui, concluímos que a fraude admitida na legislação tributária brasileira traz implícito o elemento **dolo** para sua configuração, ou seja, **a vontade deliberada de praticar ato ilícito (ou criminoso) com o intuito de prejudicar terceiro em benefício próprio**.

Em relação à figura da *fraude à lei*, entendemos não ser diferente, ou seja, somente a conduta ilícita do agente com o intuito de se beneficiar prejudicando terceiro é capaz de configurá-la. Adotamos o conceito de que **a fraude à lei**

é o ato de burlar o comando legal usando de procedimento aparentemente lícito. Caracteriza-se pela prática de ato não proibido, em que uma situação fática é alterada para escapar à incidência normativa, livrando-se, assim, de seus efeitos. Por exemplo, venda de bens a descendentes, sem anuência dos demais descendentes, levada a efeito por meio de interposta pessoa, que, depois, passa o bem àquela descendente. Atinge-se, assim, por via oblíqua, o objetivo pretendido, mediante violação disfarçada da lei.<sup>5</sup>

E mais,

age em fraude à lei a pessoa que, para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. Ela altera deliberadamente a situação de fato em que se encontra, para fugir à incidência da norma. O sujeito coloca-se simuladamente em situação em que a lei não o atinge, procurando livrar-se de seus efeitos. O agente coloca-se

em uma situação em que a lei não o apanha. Denunciado o infrator, sofre ele a sanção da lei, porque o ordenamento jurídico não pode permitir que se alcance, indiretamente, aquilo que veda de modo direito e frontal.<sup>6</sup>

Como leciona o Ministro José Carlos Moreira Alves<sup>7</sup> o problema da fraude à lei está relacionado com a interpretação das leis onde se procura distinguir a *verba legis* (as palavras da lei) da *mens legis* (o espírito da lei) acrescentando que

*(...) no problema da fraude à lei o que ocorre justamente é isto: observa-se a letra da lei, mas para se alcançar fim contrário ao espírito da lei. (...) Quando o ato vai contra as palavras e o espírito da lei, é ele contra legem, contrário à lei, em que há a violação direta da lei. Já quando o ato preserva a letra da lei, mas ofende o espírito dela, o ato é de fraude à lei.* (grifos do autor)

Portanto, concluímos que a fraude à lei somente é admitida no Direito Tributário Brasileiro se configurada a prática ilícita do agente em seu benefício e prejuízo do Fisco, ou seja, **não é toda e qualquer prática, somente as ilícitas (aquelas viciadas com dolo, falsidade ou má-fé), como ocorre tanto na simulação quanto na dissimulação,<sup>8</sup> que têm nos abusos em geral e, principalmente, de forma ou de direito, os veículos condutores dessas máculas, podendo ser aferidos de maneira objetiva e concreta.** Em suma, não identificados tais veículos no ato ou negócio praticado, não há que se falar em fraude à lei tributária no nosso Direito.

## II – A fraude à lei tributária nas legislações estrangeiras

Na legislação estrangeira os veículos condutores da fraude à lei coincidem com os efeitos, ou seja, os abusos em geral, não obstante serem tratados no contexto da denominada norma geral antielisiva.<sup>9</sup>

É o caso da Alemanha que elegeu o **abuso de forma**.<sup>10</sup> Da Argentina que elegeu ambos, abuso de forma ou de direito, ao admitir a desconsideração da personalidade jurídica para efeitos fiscais.<sup>11</sup> Dos Estados Unidos da América, Canadá, Inglaterra, Austrália, Suécia entre outros, que elegeram ambos ao admitir a aplicação do **propósito mercantil** (*business purpose*) dos atos ou negócios jurídicos praticados para efeitos fiscais.<sup>12</sup> De Portugal que elegeu toda forma de abuso, inclusive, criando processo especial para apurá-lo.<sup>13</sup>

No tocante à França, que adotou o **abuso de direito**, afirma Ricardo Lobo Torres que

O art. 64 do *Livre des Procédures Fiscales* cuida da repressão ao abuso de direito (*répression des abus de droit*), ao prever que não podem ser opostos à administração dos impostos os atos que dissimulam a verdadeira compreensão de um contrato ou de uma convenção (*qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention*); a Administração fica autorizada a requalificar os fatos (*L'Administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse*). O art. 116, parágrafo único, do CTN, na redação dada pela LC n.º 104, de 2001, recepcionou o modelo francês de norma antielisiva.<sup>14</sup>

Merecem destaque as legislações da Itália e da Espanha. A Itália, por força da União Européia, estabeleceu que o Fisco pode desconhecer a vantagem tributária conseguida em operação de fusão, concentração, transformação, cessão de crédito, valoração de participação social e valores mobiliários “*obtida sem razão econômica válida e com a finalidade exclusiva de obter fraudulentamente uma economia de imposto.*”<sup>15</sup> Como se vê, a diferença entre a legislação italiana e a dos demais países é que houve naquela a discriminação das operações em relação às quais pode se aplicar a desconsideração dos atos e negócios jurídicos para efeitos fiscais, porém mantendo o elemento fraude como condição indispensável.

A Espanha, finalmente, é que possui a única legislação que prevê a aplicação da **fraude à lei** tributária tal qual prevista doutrinariamente, ou seja, basta o atingimento do *espírito da lei* para que o ato seja considerado ilegal. Como ressalta Marciano Seabra de Godoi

a figura da fraude à lei tributária foi criada no direito espanhol em 1963, data de aprovação da *Ley General Tributária* (art. 24.2 em sua versão original). Somente onze anos depois a figura da fraude à lei ganhou conotação geral, com a Reforma do Código Civil Espanhol. Em 1995, reformou-se a *Ley General Tributária* com o intuito de explicitar que a técnica da fraude à lei não se baseia na integração analógica da norma impositiva.<sup>16</sup>

É por isso, que a legislação tributária nesse ponto não decola.<sup>17</sup>

Assim, da análise da legislação estrangeira colacionada, concluímos que a fraude à lei tributária tem no elemento **abuso** o divisor de águas entre o lícito e o ilícito, principalmente, nas suas duas modalidades mais conhecidas que são os abusos de forma ou de direito, para aplicar o que a doutrina convencionou chamar de *norma antielisiva* com exceção da Espanha que até hoje enfrenta dificuldades de fazer enclamar a regra, nua e crua, de fraude à lei.

Aliás, demonstrado que a ilicitude é o elemento comum nas legislações – estrangeira e nacional – capaz de viciar os atos ou negócios jurídicos praticados levando-os a descaracterização para efeitos fiscais, não concordamos com o emprego do termo genérico *antielisiva*, muito menos, o de *norma geral antielisiva*, utilizado pela doutrina, pois, se tais termos/expressões indicam o impedimento ao planejamento tributário, seu emprego está totalmente equivocado, já que somente o planejamento tributário fruto de abusos praticados pelo contribuinte é que está proibido.

E nem poderia ser diferente, pois a razão de ser do Direito – e no caso do Direito Tributário que enquanto ciência é uno e indivisível – é a paz social traduzida no equilíbrio das relações humanas sejam elas sociais, jurídicas, públicas ou privadas. Por fim, ousaríamos dizer que qualquer manifestação de vontade, independentemente do agente (contribuinte ou fisco), se realizada com abuso, não há que se falar em Direito, quanto mais em planejamento tributário.

### III – A fraude à lei tributária e institutos afins

Dos institutos afins à figura da fraude à lei elegemos a simulação, a dissimulação e os abusos de forma ou de direito, diretamente relacionados à análise do parágrafo único do art. 116 do CTN. Deixamos de relacionar o negócio jurídico indireto<sup>18</sup> e o negócio fiduciário<sup>19</sup> por entender que somente poderão ser desconsiderados caso realizados mediante abuso estando, portanto, abrangidos pelos institutos eleitos.

Iniciaremos pela **simulação**, vocábulo proveniente

do latim *simulatio* (fingimento ou artifício), é a declaração fictícia da vontade, em qualquer ato, com a concordância de ambas as partes, com a finalidade, geralmente, de fugir de determinados imperativos legais. Traduz também má-fé, como dolo. A única diferença é que, enquanto no dolo a má-fé é de uma parte contra a outra, na simulação a má-fé é de ambas as partes contra um terceiro, que pode ser, inclusive o Estado”,<sup>20</sup>

ou seja, **é criar uma realidade que não corresponde à verdadeira**. Exemplo figurado é o caso do jogador de futebol que, ao cair na área, procura ludibriar o árbitro *simulando* a penalidade máxima. No campo jurídico é a doação ou locação que se faz sob a aparência de venda; venda que se efetiva sob a modalidade de depósito etc., ou seja, são contratos que se operam disfarçadamente ocultando a verdadeira realidade contratual.

A **dissimulação** nada mais é do que a ação contrária àquela da simulação também com a finalidade de prejudicar terceiros, ou seja, se nesta a ação do agente contradiz a verdade, naquela sua ação disfarça a verdade. **É criar um disfarce para encobrir uma realidade verdadeira**. Por isso é que se adota o trocadilho: “simula-se o que **não é**, e dissimula-se o que **é**”. (grifos do autor)

Em suma, **simular é criar a aparência do que não existe e dissimular é criar uma aparência diferente daquilo que existe**. Outra característica relevante é que tanto na simulação quanto na dissimulação a ação já nasce viciada, ou seja, **o ato em si já é ilícito**. Exemplo figurado é do jogador de futebol que *dissimula* a penalidade máxima cometida ao tocar a mão na bola dentro da área. Juridicamente, é a ocultação de contrato verdadeiro pela simulação de um outro. É como leciona José Carlos Moreira Alves ao dizer que “*anulado o negócio jurídico simulado vem à tona o negócio dissimulado*”.<sup>21</sup>

Dos abusos em geral destacamos o abuso de direito e o abuso de forma.<sup>22</sup> Quanto ao abuso de direito,

em muitas legislações não existe um princípio geral de condenação do exercício abusivo de um direito, mas apenas restrições limitativas deste ou daquele direito determinado, principalmente, no campo dos direitos de vizinhança. Abstraindo o parecer daqueles que negam a existência do abuso de direito, porque consideram que onde há um direito não pode haver abuso na sua utilização pelo titular, duas teorias se destacam: a objetiva e a subjetiva. Para a primeira, basta para configurar a existência do abuso, a prova do exercício injusto, anormal e anti-social do direito, exercício consubstanciado em prejuízos causados a outrem. Para a segunda, apesar da existência dos prejuízos sofridos por alguém em decorrência do exercício do direito pelo seu titular, é necessário provar o dolo, culpa ou má-fé na sua utilização. Há o abuso quando os meios empregados são lícitos, mas as consequências são ilícitas.<sup>23</sup>

O **abuso de forma** jurídica ocorre quando os atos ou negócios jurídicos são praticados utilizando-se formas anormais, inadequadas ou atípicas. Entretanto, observa Amílcar de Araújo Falcão “convém entender que nem toda vantagem fiscal alcançada pelo contribuinte constitui uma evasão. Para tanto é indispensável que haja uma distorção da forma jurídica, uma atipicidade ou anormalidade desta última em confronto com a relação econômica que através dela se exterioriza. De outro modo, evasão não há. Pode ocorrer que o contribuinte disponha seus negócios, de modo a pagar menos tributos. Nada impede, desde que não ocorra aquela manipulação do fato gerador, no que toca ao seu revestimento jurídico.”<sup>24</sup>

Aliás, muito oportuna é a lição de Edmar Oliveira Andrade Filho ao prescrever que “como se vê não é fácil distinguir entre simulação e fraude à lei. **O elemento comum entre elas é a ilicitude que contamina a validade dos atos ou negócios jurídicos e não podem aparelhar qualquer conduta elisiva.** No campo do ilícito a elisão não é protegida. Isto não significa dizer que todo ato ilícito não tenha repercussões no campo do direito tributário.” (grifos do autor)<sup>25</sup>

Portanto, a conceituação dos institutos afins à fraude à lei tributária demonstram, mais uma vez, que o elemento comum existente, ou melhor, o elemento de causa e efeito nas relações abrangidas, **é sempre a ilicitude com o objetivo de lesar o Fisco.** De forma geral, **a ação consubstanciada no ato ou negócio jurídico realizado já nasce contaminada pelo vício (dolo, fraude ou má-fé).** Não interessa o nomen juris que se dê à ação ilegal, o fato é que ela é ilegal. E, se tanto, **não estamos diante de qualquer planejamento tributário ou elisão, e sim, ilícito tributário ou evasão.**

#### **IV – A fraude à lei tributária em relação à Constituição e ao Código Civil Brasileiros**

Os ordenamentos jurídicos adotados pelos países derivam de dois grupos: a *common law* ou a *civil law*. O primeiro, geralmente encontrado nos países anglosaxões (Inglaterra e E.U.A), caracteriza-se pela análise do caso concreto em relação à legislação quase sempre fundada em normas esparsas, programáticas, e que tem nos usos e costumes sua essência. O segundo, opõe-se ao primeiro, encontrado nos países da Europa continental e da América Latina, caracteriza-se pela existência de legislação positiva de estrutura rígida que procura prescrever todos os atos e condutas das relações jurídicas e sociais para o enquadramento do caso concreto fruto do direito romano-germano. O Brasil está nesse grupo.

A Constituição Brasileira é rígida e, conseqüentemente,

é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.<sup>26</sup>

O Estado brasileiro é uma república que se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, **a dignidade da pessoa humana**, os valores sociais do trabalho **e da livre iniciativa**, e o pluralismo político.<sup>27</sup> (grifamos) E dentre as competências constitucionais recebidas pelos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) está a de instituir tributos com a ressalva de que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à **administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte**”.<sup>28</sup> (grifos do autor)

As competências tributárias ou poder de tributar, ou ainda, direito de tributar defendido por muitos em consonância com o Estado Democrático de Direito, não é ilimitado, estando contido nos limites prescritos na Magna Carta, tais como: a reserva legal ou legalidade para exigir ou aumentar tributo, a irretroatividade da lei tributária salvo para diminuir tributo, a não exigência tributária no mesmo exercício financeiro da publicação da lei que instituiu ou aumentou tributo ou anualidade, e a utilização de tributo como confisco, isso “**Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte,...**”.<sup>29</sup> (grifos do autor)

Portanto, concluímos até aqui que, do ponto de vista constitucional, a República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, através de seus entes políticos em todas as esferas, bem como suas administrações tributárias devem respeito aos fundamentos da **dignidade da pessoa humana** tanto quanto ao da **livre iniciativa** e estão obrigadas ao atendimento dos limites do poder de tributar, sem se descuidar ambos – fundamentos e limites – das **garantias individuais** e dos termos da lei.<sup>30</sup>

A Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, novo Código Civil Brasileiro, por sua vez, alberga a validade e a invalidade dos atos e negócios jurídicos<sup>31</sup>, a saber, *verbis*:

Art. 104 – **A validade do negócio jurídico** requer:

...

III – **forma prescrita ou não defesa em lei.**

Art. 122 – **São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defe-sas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.**

Art. 123 – **Invalidam os negócios jurídicos** que lhes são subordinados:

...

II – **as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita;....”**

Art. 140 – **O falso motivo só vicia a declaração quando expresso como razão determinante.**

Art. 145 – **São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.**

Art. 166 – **É nulo o negócio jurídico** quando:

...

II – **for ilícito**, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, **for ilícito**;

IV – **não revestir a forma prescrita em lei**;

V – **for preterida** alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI – tiver por objetivo **fraudar lei imperativa**;

VII – **a lei taxativamente** o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167 – **É nulo o negócio jurídico simulado**, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Art. 171 – Além dos casos expressamente declarados na lei, **é anulável o negócio jurídico**:

...

(grifos do autor)

II – por vício resultante de erro, **dolo**, coação, estado de perigo, lesão ou **fraude contra credores**.

Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, **comete ato ilícito**.

(grifos do autor)

Como se vê, no tocante à validade e invalidade dos atos e negócios jurídicos, o Código Civil, numa análise sistemática, elege 2 (duas) condições básicas: (i) **a obediência à forma prescrita ou não proibida em lei**; e (ii) **a contaminação pela ilicitude**. No caso de dolo, falso motivo ou fraude contra credores, admite tão-somente a anulabilidade do ato ou negócio jurídico, demonstrando estabelecer uma potencialidade menor do vício em relação a ilícitos como a simulação, por exemplo.

Outro dispositivo que merece destaque no novo Código Civil é o que atribui nulidade ao negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa (art. 166, VI, do CC) que, para alguns doutrinadores,<sup>32</sup> corroboraria a ideia de fraude à lei inserta no parágrafo único do art. 116 do CTN.

Discordamos de tal posicionamento, por entender que o referido dispositivo não possui esse alcance, bastando verificar, numa análise sistemática do Código, que a expressão “*fraudar lei imperativa*” traduz-se por **ofensa direta à letra da lei tendo como suporte a ilicitude**. Observamos, ainda, que se admitida a assertiva daqueles doutrinadores, a contrário senso, teríamos que admitir a inexistência do instituto da fraude à lei no lapso entre a Lei n.º 104/2001 e o Código, o que nos parece absolutamente desarrazoado, pois equivaleria dizer que tal norma tributária originou-se de remendos proporcionados por outra legislação. Finalizando, consideramos que os atuais dispositivos do novo Código Civil analisados, correspondem na essência, aos do Código revogado.<sup>33</sup>

Portanto, concluímos que nosso ordenamento jurídico, em matéria tributária, tem na Constituição, ao determinar-lhe seus fundamentos e no Código Civil ao emprestar-lhe conceitos, a **lei** como pilar de sustentação das garantias das pessoas em geral tanto na sua dignidade quanto na liberdade de gerar e gerir negócios, bem como o limite de atuação da administração tributária. Vale dizer, consoante a noção de Estado Democrático de Direito, que **a lei é para proteger o contribuinte do Estado**, garantindo os direitos daquele e disciplinando os poderes de atuação deste, o que de forma alguma contradiz o caráter social do nosso ordenamento jurídico, pois inerente àquela noção de Estado na qual está inserido o Estado Brasileiro.

## V – A interpretação do parágrafo único do art. 116 do CTN

O parágrafo único do art. 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar n.º 104/2001 prescreve, *verbis*:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se, ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa **poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.**” (grifos do autor)

A princípio, interessa observar que este dispositivo legal tem despertado sérias dúvidas quanto à sua constitucionalidade. Aqueles que o consideram inconstitucional acreditam que malfez os primados constitucionais da estrita legalidade, da tipicidade fechada, da segurança jurídica, do impedimento à analogia para instituição de tributo, etc. Bem por isso, existe Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADIN<sup>34</sup> tramitando no egrégio Supremo Tribunal Federal/STF, visando obter declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo.

Em tal sentido são as lições do Professor Alberto Xavier<sup>35</sup> ao defender a inconstitucionalidade do dispositivo, *verbis*:

O novo parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional refere-se à figura da simulação, considerada na teoria geral do Direito como um dos vícios que afetam o elemento vontade dos atos ou negócios jurídicos, a par do erro, do dolo, da coação e da reserva mental.

**Não se trata, como é evidente (como não poderia tratar-se, dada a sua inconstitucionalidade, como adiante se demonstrará) de uma “cláusula geral antielisiva”, pois esta atua, não no domínio dos atos simulados ou dissimulados (sham transactions, scheinengeschäfte), mas**

**no dos atos verdadeiros não previstos na norma tributária, mas produtores de efeitos econômicos equivalentes (avoidance transactions), preconizando a tributação de tais atos verdadeiros por analogia.** (grifos do autor)

Oportunas as considerações da tributarista Daniela Victor de Souza Melo<sup>36</sup> quanto não se tratar de norma geral antielisiva, embora considere o dispositivo constitucional, *verbis*:

**O parágrafo único do art. 116 não trouxe nenhuma inovação ao Direito Tributário brasileiro.** Não instituiu entre nós a chamada interpretação econômica; não veio vedar o planejamento fiscal. **Não se trata de norma geral antielisiva; nem sequer trata de elisão, mas de evasão.** (grifos do autor)

Em verdade, essa corrente da doutrina tributária segue o pensamento da doutrina civilista, que classifica a *dissimulação* como *simulação relativa* em oposição à *simulação absoluta*, conforme se depreende das lições do professor Caio Mário da Silva Pereira, invocadas por Ricardo Mariz de Oliveira,<sup>37</sup> *verbis*:

**A simulação se diz relativa, também chamada dissimulação, quando o ato tem por objeto encobrir outro de natureza diversa** (e.g., uma compra e venda para dissimular uma doação), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas da a quem realmente se conferem ou transmitem (e.g., a venda realizada a um terceiro para que este transmita a coisa a um descendente do alienante, a quem este, na verdade, tencionava desde logo transferi-la). (grifos do autor)

Do ponto de vista tributário, Ricardo Mariz de Oliveira<sup>38</sup> traz à baila os ensinamentos de Miguel Delgado Gutierrez ainda aplicáveis, embora se refiram aos dispositivos do antigo Código Civil, *verbis*:

Ora, atas ou negócios praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos com a obrigação tributária, podem perfeitamente se encaixar em uma das hipóteses do art. 102, do Código Civil Brasileiro.

Com efeito, o intuito de dissimular corresponde ao de mascarar, ocultar a verdade. Destarte, **constata-se que a mudança legislativa pretende combater a conduta dos contribuintes que pretendam enganar, ludibriar o fisco, ocultando a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos características da obrigação tributária.** (grifos do autor)

Daí concluímos que para essa corrente, o parágrafo único do art. 116 do CTN é norma específica em face das já preexistentes normas genéricas que tratam da simulação (art. 149 do CTN c/c art. 167 do atual Código Civil). Em sendo assim, o novo dispositivo alcançaria apenas os atos dissimulados, mais particularmente, as situações enquadráveis como de simulação relativa, não alcançando, porém, as situações rotuladas de simulação absoluta, que continuariam a ser combatidas pelo Fisco com base nos mencionados dispositivos.

Não é o que pensa, entretanto, outra parte da doutrina que entende ser a **dissimulação** mais ampla do que a **simulação**. Tido como o maior defensor desse pensamento, o Professor Marco Aurélio Greco<sup>39</sup> deixou claro sua primeira impressão sobre o dispositivo legal em apreço, *verbis*:

Como uma das possibilidades é dissimulação equivaler a simulação, mas como aquela comporta outros significados, e como o CTN passou a se utilizar de ambos os termos, concluo que o sentido de dissimular, no parágrafo único do art. 116, abrange o simular, mas tem maior amplitude que este. **Vale dizer, estão alcançadas, pelo novo dispositivo, todas as hipóteses de simulação e mais alguma outra figura.**

Daí, então, a pergunta crucial: se o dispositivo alcança mais do que a figura clássica da simulação, o que está abrangendo?

Este é um campo que merece amplo debate e pesquisa. No momento, limito-me a apontar algumas possíveis figuras ou hipóteses que a norma abarca, sem excluir outras, nem afirmar, categoricamente, que estas, sempre e em todas as hipóteses, estarão alcançadas pelo novo dispositivo.

Creio que o dispositivo põe em pauta o debate sobre estarem, ou não, abrangidas, em especial, três figuras o abuso de direito, a fraude à lei (que não pode ser confundida com a fraude de caráter penal) e o negócio indireto.

Em tese, a dissimulação (num sentido amplo), por corresponder a um efeito obtido pela prática de certo ato ou negócio, pode ocorrer mediante a utilização de qualquer uma delas. Porém, como foi dito anteriormente, o ponto central da norma é a existência do fato gerador. **Vale dizer, não basta existirem atas ou negócios que possam configurar abuso de direito, fraude à lei ou negócio indireto em si; indispensável é que tenham por finalidade servir de mascaramento da ocorrência do fato gerador. Sem isto, não se configura o pressuposto da norma do parágrafo único do art. 116 do CTN.** (grifos do autor)

Como se vê, esse ilustre tributarista entende que a dissimulação é mais ampla do que a simulação, abrangendo a fraude à lei, o abuso de direito e o negócio indireto. Resumidamente, pois conceituados nos itens I e II, **a fraude à lei**, que mais espaço tem no dispositivo, significa que o agente comete violação indireta à norma legal, a fim de evitar a aplicação de norma jurídica que crie uma conduta obrigatória ou uma conduta proibida. O **abuso de direito**, com menor espaço de aplicação, pois nem sempre o exercício emulativo de direito significa o encobertamento do fato gerador do tributo. Já o **negócio jurídico indireto** corresponde à obtenção dos mesmos efeitos econômicos que resultam do fato gerador, através da concretização de um negócio jurídico diferente.

Além das posições doutrinárias acima, aflorou-se ainda o questionamento se o parágrafo único do art. 116 do CTN, estaria introduzindo no Direito Pátrio a chamada **interpretação econômica**, advinda do direito alemão, segundo a qual interpreta-se os fatos por seus efeitos econômicos. Seguindo esse modelo, evitar-se-ia que os particulares praticassem atos ou realizassem negócios jurídicos não tributáveis ou menos onerosos ao invés daqueles mais onerosos (ou tributáveis), isto é, impedir-se-ia o uso de instrumentos admissíveis pelo direito privado para se evitar ou minimizar a tributação.

Na ótica do professor Sacha Calmon Navarro Coelho,<sup>40</sup> não existe interpretação econômica de fatos jurisdicionados pelo direito, *verbis*:

Para logo **não existe nenhuma interpretação econômica: toda interpretação é jurídica**. O Direito opera pela jurisdicização dos fatos, como diria Pontes de Miranda. Ora, uma vez jurisdicizado o real, isto é, **uma vez que um fato é posto no programa da lei, a interpretação que dele se possa fazer só pode ser uma interpretação jurídica**. (grifos do autor)

E a advertência sempre atual e oportuna de Bilac Pinto,<sup>41</sup> citada na obra de Hermes Marcelo Huck, ao afirmar que “(...) **trocar o jurídico pelo econômico significaria uma inaceitável troca do princípio da legalidade** por cânones de insegurança e de arbítrio.” (grifos do autor)

Com extraordinário poder de síntese, o Professor Marciano Seabra de Godói<sup>42</sup> conseguiu aglutinar, em três hipóteses centrais (posicionando-se favorável à terceira hipótese), as formas de interpretação e aplicação da nova norma que poderiam ser lançadas à discussão. São suas as seguintes palavras, *verbis*:

Diante desta norma, algumas hipóteses podem ser lançadas:

**Primeira hipótese:** o dispositivo está regulando a hipótese de atos ou negócios simulados (dissimulação tendo o sentido jurídico de simulação – art. 102 Código Civil<sup>43</sup>) e assim não está trazendo nada de novo, pois doutrina e jurisprudência nacionais já chegaram a uma sólida posição de que os atos ou negócios simulados não fazem parte da elisão tributária, e sim, são formas de praticar “infração tributária” ou simplesmente “evasão”;

**Segunda hipótese:** o dispositivo veio proibir terminantemente o planejamento tributário, e para tanto dá poderes à administração tributária para realizar a chamada interpretação econômica (ou funcional) das normas impeditivas e exigir tributos por analogia; ou seja, os contribuintes não poderão mais se aproveitar das lacunas do sistema impositivo; e

**Terceira hipótese:** o dispositivo veio inserir no direito tributário brasileiro uma norma de combate à fraude à lei tributária; **segundo esta norma, continua permitido o planejamento tributário, mas quando este, buscando uma vantagem fiscal, promove uma distorção ou um uso artificioso e forçado de determinados atos ou negócios jurídicos (ou um conjunto destes) previstos na lei civil ou comercial para outros fins, então podem ser desconsideradas tais formalizações e se aplicar a norma tributária eludida ou defraudada.** (grifos do autor)

Como demonstrado acima, os posicionamentos emitidos pelos tributaristas, no que concerne à adequada interpretação e alcance do termo *dissimular*, são extremamente conflitantes e vacilantes. Eles estão quase sempre impregnados pelo viés ideológico, já que para muitos a norma, por agasalhar expressão de sentido aberto, permite uma maior flexibilidade interpretativa, a depender da opção política do intérprete.

Não obstante, em consonância com o disposto nos itens I e II, concluímos que o dispositivo em questão somente admite a fraude à lei se configurada a prática ilícita do agente em seu benefício e prejuízo do Fisco. Ou seja, **não é toda e qualquer prática; somente as ilícitas (aquelas viciadas com dolo, falsidade ou má-fé), como ocorre tanto na simulação quanto na dissimulação, ambas, aliás, formas de se burlar a realidade dos fatos, independentemente de qualquer adjetivação (absoluta, relativa, etc.), aliadas aos abusos em geral**, ressaltando que os parâmetros de apuração de tal prática – a desconsideração – deve pautar-se por critérios objetivos a serem estabelecidos em lei em razão dos procedimentos previstos na parte final do parágrafo único do art. 116 do CTN.<sup>44</sup>

## VI – Conclusões

Enfim, à vista das considerações expostas e concluídas nos itens anteriores, entendemos que a LC n.º 104/2001, ao introduzir o parágrafo único do art. 116 do CTN, utilizando ditado popular, *atirou no que viu e acertou o que não viu*, ou seja, **o verbo dissimular, que exprime a ação de burlar a realidade, apenas reafirmou a ilicitude como elemento capaz de contaminar os atos ou negócios jurídicos realizados com o intuito de diminuir ou evitar a tributação**. Em razão disso, não se pode dizer que estaríamos diante de norma geral antielisiva, pois, se apenas os ilícitos tributários são passíveis de desconsideração, sendo a dissimulação mais um deles, **não há que se falar em proibição ao planejamento tributário, já que este só é possível com o emprego de meios (instrumentos, institutos etc.) lícitos que são aqueles cuja forma está prescrita ou não proibida (defesa) em lei, o que não foi atingido pelo dispositivo**. Logo, o dispositivo é constitucional desde que interpretado segundo os princípios/garantias constitucionais (interpretação conforme a Constituição).

A única inovação que entendemos existir no referido dispositivo, encontra-se na sua parte final ao admitir que serão “(...) *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*”, ou seja, a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos dissimulados pela autoridade tributária deverá aguardar tal norma legal, nada impedindo que esta disponha sobre a simulação e os abusos em geral que vinham sendo aplicados em decorrência do previsto do art. 149 do CTN, fruto da melhor interpretação doutrinária e jurisprudencial, mas sem qualquer disciplinamento procedimental previsto em lei. Logo, **o dispositivo não é auto-aplicável em relação à dissimulação**, daí a referência ao ditado popular.

## Notas:

<sup>1</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico, Volume II – D-I*, São Paulo: Editora Forense, 1978. p. 718.

<sup>2</sup> Op. cit., p. 718.

<sup>3</sup> A Lei n.º 4.502/1964 dispunha sobre o Imposto de Consumo e reorganizava a Diretoria de Rendas Internas.

<sup>4</sup> Os arts. 71, 72 e 73 estão no Capítulo II – Das Penalidades – e na Seção II – Da Aplicação e Gradação das Penalidades, da referida Lei.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 597.

<sup>6</sup> Enciclopédia Saraiva do Direito, Volume n.º 38, Editora Saraiva, 1977. p. 307.

<sup>7</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal. In: *Revista Fórum de Direito Tributário*, Ano 1, n.º 1, JAN/FEV 2003. p. 011/20.

<sup>8</sup> O termo veio previsto no § único do art. 116 do CTN introduzido pela LC 104/2001.

<sup>9</sup> Norma geral antielisiva é a denominação dada à norma tributária que veda o planejamento tributário abusivo.

<sup>10</sup> “Art. 42 – A lei tributária não pode ser fraudada através do **abuso de formas jurídicas**. Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada.” (grifo do autor) Código Tributário Alemão de 1977 (AO77) apud Artigo: *Normas Gerais Antielisivas*, por Ricardo Lobo Torres, in: *Revista Fórum de Direito Tributário*, Ano 1, n.º 1, JAN/FEV 2003. p. 090/123.

<sup>11</sup> “Art. 2º – Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efetivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica efectiva de los contribuyentes se prescindirá em la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada em las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaria com independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos.” Op. Cit.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> “Art. 38 – São ineficazes os atos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objetivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de atos ou negócios jurídicos de resultado equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos.” Lei Geral Tributária, *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> “poste in essere senza valide ragioni economiche e allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente um risparmio d’imposto.” *Ibidem*.

<sup>16</sup> Artigo: A Figura da Fraude à Lei Tributária Prevista no Art. 116, Parágrafo Único do CTN, in: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n° 68, p. 101/123.

<sup>17</sup> “*Que neste aspecto a Espanha seja um exemplo do que não deve fazer o Brasil. Com efeito, o legislador espanhol desleixou-se por completo da regulação do procedimento pelo qual a fraude à lei tributária deve ser declarada. De 1963 a 1979 (nada menos do que dezesseis anos), a fraude à lei tributária ficou sem aplicação por falta de definição do procedimento requerido pela Lei Tributária Geral, o que somente foi feito pelo Real Decreto 1.919/79. Em 1993, este Real Decreto foi revogado pelo Real Decreto 803/1993, o qual não cuidou de estabelecer outro procedimento aplicável. De 1993 até os dias atuais, não foi criado qualquer procedimento específico para a declaração da fraude à lei tributária, o que leva a maioria da doutrina a considerar que se encontra suspensa a aplicação de tal instituto.*” (grifo do autor) Op. Cit.

<sup>18</sup> “*São os negócios nos quais se atinge um fim proibido por lei, através do uso de formas legalmente permitidas. Uso de meios lícitos para acobertar violação de lei.*” Soibelman, Leib, *Enciclopédia do Advogado*, Thex Editora, 5ª Edição, p. 247.

<sup>19</sup> “*O negócio fiduciário consiste no contrato pelo qual alguém aliena a outrem um direito, mas com a obrigação de que este só o exerça em vista de determinado fim, que pode ser um fim de mandato (fiducia cum amico) ou um fim de garantia (fiducia cum creditore).*” Xavier, Alberto, *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*, Editora Dialética, 2002, p. 61.

<sup>20</sup> *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Volume n.º 69, p. 78.

<sup>21</sup> Op. Cit.

<sup>22</sup> Abuso de autoridade, de poder, econômico, etc.

<sup>23</sup> MARTINS, Pedro Batista, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. Rio de Janeiro: Oficina Gráfica Editora, 1935, p. 203.

<sup>24</sup> FALCÃO, Amílcar de Araújo, *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, p. 73.

<sup>25</sup> Artigo: Os Limites do Planejamento Tributário em face da Lei Complementar n.º 104/2001, in: *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 72, p. 023/40.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 48.

<sup>27</sup> Artigo 1º da Constituição Federal de 1988, Título I – Dos Princípios Fundamentais.

<sup>28</sup> Parágrafo 1º do art. 145 da Constituição Federal, Título VI – Da Tributação e do Orçamento, Capítulo I – Do Sistema Tributário Nacional, Seção I – Dos Princípios Gerais.

<sup>29</sup> Artigo 150 da Constituição Federal, Seção II – Das Limitações ao Poder de Tributar.

<sup>30</sup> Nesse sentido: “(...) Não se pode perder de perspectiva, neste ponto a relevantíssima circunstância de que o exercício do poder tributário do Estado submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional, que institui, de modo explícito ou implícito, **mas sempre em favor dos contribuintes**, decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes. O fundamento do Poder de

*Tributar reside, em essência, no dever jurídico de estrita fidelidade dos entes tributantes ao que imperativamente dispõe a Constituição da República.*” (grifo do autor) RE n.º 148.887-5/CE, voto do Ministro Celso de Mello, Relator.

<sup>31</sup> Livro III – Dos Fatos Jurídicos.

<sup>32</sup> Dentre os maiores defensores desta tese o Prof. Marco Aurélio Greco.

<sup>33</sup> Título I – Dos Atos Jurídicos – e Título II – Dos Atos Ilícitos – Lei n.º 3.071, de 01.01.1916 (Código Civil revogado).

<sup>34</sup> Consoante informações obtidas junto ao STF, a ADIN foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio em 18.04.2001 (ADIN n.º 2.446-9) ainda sem qualquer decisão.

<sup>35</sup> XAVIER, Alberto, Op. Cit., p. 52.

<sup>36</sup> Artigo: Elisão e Evasão Fiscal – o Novo Parágrafo Único do Art. 116 do Código Tributário Nacional, com a Redação da Lei Complementar n.º 104/2001, in: *Revista Dialética de Direito Tributário*, Volume n.º 69, p. 047/68.

<sup>37</sup> Artigo: *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, organizado por Valdir de Oliveira Rocha, Editora Dialética, 2001, p. 266.

<sup>38</sup> Op. Cit..

<sup>39</sup> Artigo: *Constitucionalidade do Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN*, organizado por Valdir de Oliveira Rocha, Editora Dialética, 2001, p. 194/195.

<sup>40</sup> Artigo: *Os Limites Atuais do Planejamento Tributário*, organizado por Valdir de Oliveira Rocha, Editora Dialética, 2001, p. 285.

<sup>41</sup> Artigo: *A Norma Antielisão e o Princípio da Legalidade – Análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN*, organizado por Valdir de Oliveira Rocha, Editora Dialética, 2001, p. 110.

<sup>42</sup> Artigo: A figura da Fraude à Lei Tributária prevista no art. 116, parágrafo único do CTN, in: *Revista Dialética de Direito Tributário*, Volume n.º 68, p. 104.

<sup>43</sup> Atual art. 167 do CC.

<sup>44</sup> A Medida Provisória n.º 66 previa certos procedimentos com este objetivo que não constaram quando da sua conversão na Lei n.º 10.637/2003, talvez, justamente, por querer dar tratamento de norma geral antielisiva ao dispositivo que não o é.

<sup>45</sup> Vide alguns julgados colacionados:

- do **STF**: (i) RE n.º 34.005/DF, RE n.º 40.518/BA e RMS n.º 16.105/DF sobre fraude à lei; (ii) RE n.º 71.427/DF e 30.810, RMS n.º 2.657/DF e 16.050/PE, AI n.º 101.779-1/MG sobre simulação; (iii) AI n.º 50.575/MG sobre dissimulação; e (iv) RE n.º 60.069/PR, 68.848/SP e 69.426/RS sobre abusos em geral.
- do **STJ**: REsp. n.º 207.484/SP entre tantos.
- do **TRF** (extinto): AC n.º 115.4778/RS entre tantos.
- do **CC/ME**: Recursos n.º(s) 0.168, 0.910, 141.697, 89.806, 94.478 e 94.475 entre tantos.

## Resumo

O presente artigo analisa a compatibilidade da figura da fraude à lei com o Direito Tributário, surgida, principalmente, em decorrência da redação do parágrafo único do art. 116, do Código Tributário Nacional, dada pela Lei Complementar n. 104/2001, que faculta à autoridade fiscal desconsiderar atos e negócios jurídicos.

Sustenta o autor que a fraude à lei, no Direito Tributário, somente se configura com a prática ilícita do agente, assim entendida aquela viciada com dolo, falsidade ou má-fé. Seleciona o elemento abuso (de forma ou de direito) como divisor de águas entre o lícito e o ilícito, para concluir que somente o planejamento tributário fruto de abusos praticados pelo contribuinte é que está proibido.

Faz uma análise dos institutos afins, como simulação, dissimulação e abusos de forma e de direito e aponta aspectos de inconstitucionalidade no dispositivo, que serão examinados no âmbito de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2446, em trâmite pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, examina se o parágrafo único do art. 116 do CTN estaria inserindo no Direito pátrio a chamada interpretação econômica e conclui que o dispositivo não é autoaplicável em relação à dissimulação.

Palavras-chave: Fraude – Tributária – Simulação – Dissimulação.

## Abstract

In this article, it is examined the compability of law's evasion with Tax Law, introduced by Tax Code in paragraph of article 116. This redaction was given by Complementary Law 104/2001, which provides the tax authority to disregard acts and legal transactions.

The author argues that law's evasion in Tax Law is only materialized when it is verified unlawful practice of the agent with fraud, deceit or bad faith. The tax planning guided by abuse is considered forbidden.

In addition, similar institutions are examined, such as simulation, concealment and abuses. The author points out, moreover, points of unconstitutionality that will be considered under Direct Unconstitutionality Action number 2446, which is steered through Federal Supreme Court.

Finally, the article discusses if the sole paragraph of article 116 introduced in Brazi-

lian Law the economic interpretation. The conclusion is that the device is not self-applicable in the cases of concealment.

Keywords: Fraud – Tax – Simulation – Concealment.

**Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto**  
*Juíza de Direito do TJDF. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco em convênio com a UPIS. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).*

## ***Considerações sobre o desafio da magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos fundamentais***

### **Abordagem geral**

Todas as instituições buscam o seu aperfeiçoamento com o tempo. O Poder Judiciário também não poderia ficar imune às mudanças que a sociedade moderna vem exigindo em face da grande dinâmica nas relações humanas.

O Estado Democrático de Direito não mais aceita uma postura omissa e passiva do Poder Judiciário. Este deixou de ser um poder distanciado da realidade social, para tornar-se um efetivo partícipe da construção dos destinos da sociedade e do País, sendo, além disso, responsável pelo bem da coletividade. (TEIXEIRA, 1999).

Trata-se de uma revolução de envergadura. É, em suma, a substituição do Estado Legal pelo Estado de Direitos. A positivação dos direitos já não está, em última instância, nas mãos do legislador, senão nas do juiz, a quem cabe concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador, mediante uma atuação judicial criativa.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social modificou as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, desenvolvendo uma postura mais ativa, na prestação de serviços públicos, em oposição ao Estado ausente, liberalista. Esse fato explica o aumento da competência normativa e da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei concedeu maior discricionariedade. O uso abusivo de tal ampliação da autonomia daqueles Poderes e a ofensa aos direitos fundamentais, no Estado Social, levaram a uma reação do Poder Judiciário contra os abusos dos administradores e dos legisladores. (MORAES, 1999).

As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento da sua influência social como arrancam os juízes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. O Poder Judicial, que advém do liberalismo, justifica-se e legitima-se como um poder neutralizador de todo o poder. Entretanto, tais juízes têm ou não legitimação democrática?

O debate proposto acerca da legitimidade da atividade jurisdicional é próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. No paradigma liberal, o isolamento político-social do Poder Judiciário reduzia a legitimidade de suas decisões a um momento que antecedia a própria atividade jurisdicional. Cabia ao Judiciário aplicar normas já previamente dotadas de uma legitimidade advinda do processo legislativo. Tal legitimidade era transferida diretamente para a decisão judicial pelo seu vínculo à lei. Entretanto, a atividade jurisdicional, como aponta Baracho Júnior, não está reduzida a uma legitimação derivada, mas tem o seu próprio momento de legitimação, que se identifica no grau de adequação do comportamento judicial aos princípios constitucionais. (BARACHO JÚNIOR, 2000).

A legitimidade dos juízes deve ser orientada pelos princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais. Sua legitimidade democrática se expressa nas decisões judiciais, enquanto amparadas nas aspirações da comunidade, plasmadas no ordenamento constitucional e legal. (BARACHO, 1995).

O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se por ser direito e limite, direito e garantia. Cabe ao juiz assegurar o seu reconhecimento e a sua eficácia. É na observância estrita da Constituição, assim como na sua função de garante do Estado Constitucional de Direito, que assenta o fundamento da legitimação e da independência do Poder Judiciário. (GOMES, 1997). Com efeito, a essência da legitimação democrática da atividade judicial e de sua independência está na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de garante dos direitos fundamentais.

O Judiciário não somente passou a solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, além de programar o conteúdo promocional do Direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram Direitos sociais. (GOMES, 1997).

Nesse passo, revela de grande importância a constitucionalização dos direitos fundamentais na pauta axiológica da Constituição Federal brasileira de 1988, no sentido de permitir o alcance da implementação de políticas públicas eficazes na concretização dos Direitos humanos.

## **Introdução**

O objetivo do presente estudo é tecer algumas reflexões sobre os desafios da magistratura na atualidade para a implementação dos direitos fundamentais,

para tanto abordamos a imprescindível tutela dos direitos fundamentais, adentrando na seara dos direitos humanos com o breve exame do conceito atual de cidadania nos seus aspectos civis e políticos e os desdobramentos dos processos de internacionalização dos direitos humanos e da economia, refletindo sobre a indispensável proteção da pessoa na atividade econômica.

Apresentamos o fenômeno da globalização dos mercados e sua decorrência no contexto legislativo e judicial, verificando a insuficiência da técnica legislativa regulamentar e demonstrando a necessidade de superação do individualismo e a importância da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, buscou-se responder às seguintes indagações: 1. Como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? 2. Como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas?

Procuramos, finalmente, delinear os desafios da magistratura contemporânea, destacando dentre eles a necessidade da concretização dos direitos de cidadania, do fortalecimento da cultura de direitos humanos e do debate sobre a própria atuação do juiz na implementação dos direitos fundamentais.

## **1. Direitos fundamentais e de cidadania – cerne do Estado Democrático de Direito**

Os direitos de cidadania foram consagrados como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Para examinarmos de que maneira os tribunais concretizam direitos de cidadania impõe-se observar quais desses direitos vêm recebendo da sociedade contemporânea maior ênfase em sua proteção ao longo da História.

As declarações de direitos são disposições acerca das principais liberdades humanas. Tais direitos, enunciados pelas grandes revoluções e, depois, incluídos nos textos das Constituições, constituem a própria essência dos direitos de personalidade do homem. As declarações de direitos representam um movimento social de defesa das liberdades contra o arbítrio e o poder do antigo regime. Na luta histórica entre a liberdade e o poder, entre o indivíduo e o Estado, as declarações de direitos são instrumentos legais de limitação do poder estatal.

Dentro do plano sociológico e histórico, elas estão presas ao advento da democracia, que se seguiu ao desmoronamento do feudalismo e da monarquia absoluta. As revoluções históricas libertaram o homem diante da opressão secular

dos regimes de privilégios e exceções. As declarações de direitos do século XIX consagram sobretudo os direitos privados e políticos. Era uma primeira meta a ser atingida. O mundo ainda não havia amadurecido para as grandes declarações econômicas que surgiriam no século XX.

Para Pietro Virga (1947), o Estado de Direito, em contraposição a outros tipos de Estado, como o absolutista, possui a necessidade de reconhecer ao cidadão os direitos de liberdade, que constituem garantia contra o abuso do poder estatal; esses direitos consubstanciam o primeiro núcleo do Direito Público subjetivo, a cuja elaboração teórica segue a doutrina publicista. Considerando o grande movimento político contrário ao sistema absolutista, os direitos fundamentais, na sua primeira elaboração, prendem-se à concepção individualista da liberdade no Estado.

Posteriormente, os direitos fundamentais passam a ter um conteúdo social, através da introdução, ao lado dos tradicionais direitos fundamentais individuais, dos denominados direitos sociais, referentes ao trabalho, assistência e atividade econômica. Surge uma nova interpretação do velho direito fundamental que passa a atender às novas exigências sociais.

Jorge Miranda (1988, p. 7), numa demonstração de abrangência quanto à universalização e internacionalização dos direitos fundamentais, destaca os conceitos afins e as categorias desses direitos, tais como: direitos fundamentais e direitos do homem; direitos fundamentais e direitos subjetivos públicos; direitos fundamentais e direitos de personalidade; direitos fundamentais e situações funcionais; direitos fundamentais e direitos dos povos; direitos fundamentais e direitos difusos; direitos fundamentais e garantias institucionais; direitos fundamentais e deveres fundamentais; direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais institucionais.

Verifica-se que o grau de complexidade a que as sociedades contemporâneas chegaram não mais permite que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, consoante o paradigma do Estado de Direito ou Liberal, nem a partir de uma autonomia pública ao nível do Estado, consoante o Estado Social.

Para José de Oliveira Baracho Júnior (2000, p. 167),

o paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do *status quo* burguês,

uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as forma de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta.

Por outro lado, segundo o mencionado autor, o paradigma do Estado Social,

demonstrou que a redução do Direito ao Estado retirou o vigor das tentativas de justificação racional do Direito, ao impor a consecução de finalidades materiais a todo custo e, assim, ao menosprezar as suas necessidades de legitimação formal. Este paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina.

Nota-se que ambos os aludidos paradigmas são redutores da complexidade da relação entre o público e o privado, e funcionam como os dois lados de uma mesma moeda, precisamente por enxergarem tais esferas sempre em conflito e por eliminarem uma das dimensões em favor da outra. Com efeito, no paradigma do Estado Democrático de Direito surge uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida nos mencionados paradigmas. Destaca com proficiência Baracho Júnior (2000, p.168):

Tais esforços têm em comum a valorização dos princípios constitucionais, que garantem a autonomia privada, e os que organizam processos decisórios públicos. Ou seja, a visão de que o público e o privado são, na verdade, esferas complementares e essenciais uma à outra para configuração do regime democrático; são esferas equiprimordiais, para empregar o termo cunhado por Habermas. E exata-

mente aí residiria o engano dos paradigmas anteriores, pois ao sacrificarem a esfera pública em favor da esfera privada ou vice-versa, no afã de garantir a cidadania, eliminavam precisamente o florescimento e consolidação de uma cidadania universal e efetiva.

Dessa forma, como decorrência da complexidade que o novo paradigma incorpora no enfrentamento dos problemas contemporâneos, como o da adequada proteção aos direitos individuais e coletivos, do consumidor, tutela do meio ambiente, direito ao acesso à Justiça, devemos ter em mente todos os fundamentos e argumentos relevantes, sejam eles jurídico-positivos, morais, éticos ou pragmáticos, para a concretização dos direitos de cidadania.

As grandes mudanças que surgiram após a revolução industrial do Século XIX, bem como a revolução tecnológica deste século, foram decisivas na construção das bases de uma sociedade consumista, ascendendo cada vez mais os interesses coletivos e difusos no confronto com os interesses individuais. Reflexo desse quadro, os conflitos ganham nova dimensão, requerendo soluções mais efetivas, um processo mais ágil e um Judiciário mais eficiente, dinâmico e participativo na tutela dos direitos fundamentais do homem. Nesse sentido é a lição de Paulo Bonavides (2000, p. 539- 540), ao afirmar que

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do Século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e, sobretudo, da legitimidade do Estado social e seus postulados de Justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Acrescenta, ainda, com proficiência, o aludido autor – “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”. Os direitos fundamentais desdobram-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração. Os direitos de primeira geração constituem-se em direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos.

Os direitos de segunda geração são os denominados direitos sociais,

culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar.

Os direitos fundamentais de terceira geração são decorrentes da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Tais direitos permitiram que em seguida fosse buscada outra dimensão dos direitos fundamentais que se assenta sobre a fraternidade. Portanto, os direitos de terceira geração dizem respeito a: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

Os direitos fundamentais de quarta geração dizem respeito ao direito à democracia, ao direito à informação e ao direito ao pluralismo. Essa nova dimensão de universalidade dos direitos fundamentais coloca-os num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.

Paulo Bonavides (2000, p. 526) destaca que

Os direitos da primeira e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos Direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais.

Vale lembrar que, para a nova universalidade dos direitos fundamentais, o ano de 1948 foi tão importante quanto o de 1789 havia sido para a velha universalidade de inspiração liberal. Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução nº 217 (III) aprovou a Declaração Univer-

sal dos direitos do Homem, sem dúvida uma Declaração pragmática, sendo também uma carta de valores e princípios sobre os quais se têm assentado os Direitos de primeira, segunda e terceira geração. Com efeito, com a Declaração de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto culminante no século XX.

Ensina Paulo Bonavides (2000, p. 528) que “a história dos direitos humanos – Direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.” Acrescenta Bonavides que “a Declaração será, porém, um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.”

Dessa forma, verifica-se a importância e a dimensão que os direitos fundamentais têm alcançado ao longo da história e da experiência humana, sendo antes de tudo um reflexo do desenvolvimento das relações sociais, a ponto de tais direitos serem incorporados em textos constitucionais de várias nações, dentre elas – a brasileira.

## **2. A indispensável tutela dos direitos fundamentais na Carta de 1988**

A Constituição brasileira de 1988 assegurou os direitos individuais e coletivos no Capítulo I, inserindo-os no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. No artigo 5º, estão destacados os direitos individuais e coletivos, merecendo especial relevo os direitos: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, decorrendo destes todos os demais que estão salvaguardados nos incisos I a LXXVII. Para José Afonso da Silva (1989, p. 171), os direitos fundamentais do homem-indivíduo “são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.”

A Constituição nos dá um critério para a classificação dos direitos que ela enuncia no artigo 5º, quando assegura a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. O critério é o do objeto imediato do direito assegurado. Importante destacar que os direitos e garantias individuais receberam uma

proteção extraordinária ao vedar ao poder constituinte derivado, a introdução de emenda que tenda a suprimi-los. Outra garantia que recebeu idêntico dispositivo foi a da separação dos poderes, demonstrando que sem esta não há liberdade nem direitos humanos que possam estar salvaguardados.

Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 589), os direitos e garantias individuais, em nosso ordenamento jurídico, “receberam a mais sólida proteção constitucional vazada na cláusula de rigidez extrema do § 4º do artigo 60, que retira do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias.” Diante dessa exclusão, limitando materialmente a capacidade de deliberação do constituinte secundário, levanta-se uma questão interpretativa de relevante importância, qual seja, saber se os direitos sociais entram ou não naquela esfera de proteção absoluta.

Do ponto de vista hermenêutico, haveria a esse respeito duas respostas. A primeira se infere da especificidade e literalidade do § 4º do artigo 60, que parece circunscrever a proteção máxima contida no aludido dispositivo unicamente aos direitos e garantias individuais. A interpretação restritiva (concepção liberal) do mencionado § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos (segunda concepção – social) que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade.

As garantias constitucionais formuladas nas duas acepções – liberal e social – já vistas acima se completam. Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do artigo 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções – liberal e social, não abrange apenas o teor material dos Direitos da primeira geração senão que se estende por igual aos Direitos sociais.

Os direitos sociais são o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm como indivíduos sociais que vivem em sociedade com outros indivíduos. Entende-se que o reconhecimento dos direitos sociais requer a intervenção direta do Estado, tanto que são denominados também direitos de prestação, exatamente porque exigem, diferentemente dos direitos de liberdade, que o Estado intervenha com providências adequadas.

Para Norberto Bobbio (2000), os direitos sociais fundamentais são três: direito à instrução, direito ao trabalho e direito à saúde. Os direitos sociais obrigam o Estado, como representante da inteira coletividade, a intervir positivamente na

criação de institutos aptos a tornar, de fato, possível o acesso à instrução, o exercício de um trabalho, o cuidado com a própria saúde. Enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade. São direitos que tendem a corrigir desigualdades que nascem das condições econômicas e sociais.

São compatíveis os direitos individuais e coletivos entre si? Ou são incompatíveis? A orientação de Norberto Bobbio (2000, p. 508), à qual nos filiamos, é no sentido de que “o reconhecimento de alguns direitos sociais fundamentais seja o pressuposto ou pré-condição para um efetivo exercício dos direitos de liberdade.”

Em extraordinário ensaio, publicado em 1946, mas escrito nos anos da guerra de libertação, intitulado *L'avvenire dei diritti di libertà*, Piero Calamandrei (1975, p. XXXVIII) escrevia que também os direitos sociais são direitos de liberdade, porque “constituem a premissa indispensável para assegurar a todos os cidadãos o gozo efetivo das liberdades políticas.”

Nessa mesma ótica, a Constituição brasileira de 1988 assegurou os direitos sociais no Título II, onde estão consignados os artigos 6º a 11. O artigo 6º declinou os Direitos sociais, quais sejam: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os direitos sociais são considerados direitos fundamentais da segunda geração, assim como os direitos coletivos. Tais direitos tiveram, anteriormente, sua juridicidade questionada, sendo remetidos à esfera programática, por não contarem para a sua concretização aquelas garantias processuais dadas aos direitos de liberdade. Entretanto, as atuais Constituições, inclusive a Carta brasileira, elaboraram o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Logo, estando tais direitos incluídos no título concernente aos direitos e garantias fundamentais, sua aplicabilidade passa a ser imediata.

Lembra, com proficiência, Paulo Bonavides (2000, p. 594) que “a nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.”

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais formam hoje o pressuposto mais importante da dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder. Em razão disso, essa dignidade da pessoa humana foi erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, no artigo 1º da Carta Constitucional brasileira. Com efeito, sem a concretização dos

Direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º).

Cabe ressaltar que não há distinção de grau nem de valor entre os Direitos sociais e os direitos individuais. No que concerne à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já mencionado, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana.

É oportuno registrar a necessidade da hermenêutica constitucional a fim de socorrer tais direitos, para fazê-los realmente cumpridos e levados a sério em ordenamentos em que os postulados de Justiça e igualdade ainda não possuem mecanismos suficientes de concretização. Em verdade, para tornar eficazes os direitos sociais, o Estado precisa ministrar duas distintas formas de garantia:

A garantia jurídica e a garantia econômica; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material. Com respeito aos direitos fundamentais, a concepção liberal entendia, dogmaticamente, que bastava a garantia jurídica, não havendo necessidade da garantia econômica, porquanto esta já fora proporcionada pelo sistema mesmo de regulação de bens da sociedade burguesa, que fazia, assim, da abstenção intervencionista um artigo de fé, talvez o cânone mais festejado de seu Estado de Direito. (BONAVIDES, p.596)

Saliente-se que os fatores econômicos seriam decisivos para concretizar os direitos sociais. Quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos; em outros termos, mais programaticidade e menos juridicidade ostentam.

Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito pode iluminar o jurista para a resposta já esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida nos princípios estabelecidos na Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que fazem inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (art. 60, 4º, IV), a qual não pode servir de argumento à exclusão dos direitos sociais. Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário dar plena eficácia aos direitos fundamentais não deixando apenas no papel as Garantias constitucionais que foram criadas pelo legislador constituinte.

### **3. O direito ao acesso à Justiça – inestimável garantia constitucional**

A República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de direito e estabeleceu a cidadania como um dos seus fundamentos, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais. Os direitos de cidadania cairiam no vazio caso não houvesse a efetiva previsão constitucional de acesso à Justiça. O acesso à Justiça é fundamental à efetivação dos direitos humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional.

O cidadão necessita de instrumentos que possam efetivar seus direitos. Esse acesso efetivo à Justiça, como instrumento de garantia da plenitude da soberania, é um direito social fundamental. Mauro Cappelletti (1988, p. 10-11), ao abordar o tema do direito ao acesso efetivo à Justiça e dos obstáculos a serem transpostos, enumera os seguintes: as custas judiciais e a dispendiosa solução formal dos litígios; honorários advocatícios; pequenas causas; tempo; possibilidades das partes e recursos financeiros; aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; litigantes eventuais e litigantes habituais; problemas especiais dos direitos difusos; as barreiras ao acesso.

Os instrumentos que salvaguardam os direitos humanos adquirem especial importância no Estado Constitucional Democrático que deve promover, através de um sistema de princípios e regras processuais, o aperfeiçoamento da ordem jurídica, com o limite e controle do poder estatal, sendo que esta perspectiva não se contenta com um Estado de Direito formalista, que pode aceitar somente o império das leis, em um Estado legalista, que garante as formas de atuação estatal (BARACHO JÚNIOR, 2000).

A Justiça constitucional é considerada como um instrumento extraordinário para a superação do tradicional conflito entre equidade e lei, direito natural e direito positivo. Configura um dos pressupostos basilares do Estado moderno, sendo um verdadeiro contrapeso entre o Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e o Poder Legislativo, marcado pela ambiguidade em sua estrutura e funcionamento (BARACHO JÚNIOR, 2000).

A propósito, verificamos que o Estado brasileiro, a partir da Constituição de 1988, procurou dar uma especial atenção aos direitos individuais e coletivos, mormente através dos direitos de cidadania, mediante a facilitação do acesso à Justiça, com a tutela do consumidor e do meio ambiente, visando à defesa de uma vida sadia sob o prisma do consumo e do desenvolvimento sustentáveis para a proteção desta e das futuras gerações.

Cabe destacar que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (2000, p.19) apresenta os pilares nos quais estão erigidos nosso Estado Democrático, visando “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, (...*omissis*).”

Vale lembrar que o conceito de cidadão e cidadania vem adquirindo particularidades, que não se esgotam na compreensão de ser cidadão aquele que participa dos negócios da cidade. A participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder. Essa participação é consagrada através de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes.

Concepções como a de soberania e quem a detém; a noção de legitimidade e sobre que bases se fundamenta esta ou a diferença entre soberania nacional e soberania popular. No constitucionalismo ocidental, o princípio da soberania popular desponta: na Constituição francesa de 1793, a soberania reside no povo (BARACHO, 1995, p. 3).

A consolidação das garantias essenciais e a plena e efetiva aplicação dessas garantias completam-se pela tutela jurisdicional. Essas normas promovem o reconhecimento de direitos subjetivos e o interesse legítimo, possibilitando que todo cidadão possa ingressar em juízo, para tutela de seus direitos e interesses. A interpretação procura compreender os direitos e garantias fundamentais, no Estado Constitucional, com reflexões, não apenas teórico-jurídicas, sobre a efetividade das normas. A exegese constitucional coloca em destaque o problema da força normativa das diretrizes constitucionais, através de regras e aplicações que tornam possível assegurar eficazmente a proteção do texto constitucional, a partir do controle das leis, por meio de sentenças interpretativas, que observem os princípios e valores constitucionais. A democracia implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global.

O Direito Constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais, que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas, que se concretizam, também, por intermédio das ações, processos e procedimentos, que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e conseqüências. A completa proteção da cidadania depende de práticas institucionais, constitucio-

nais, jurídicas, processuais e políticas, que protegem o ser humano nas mais variadas situações e posições. Analisando os princípios constitucionais e seu caráter decisivo na atuação jurisdicional e na efetivação da cidadania, Baracho (1995, p. 33) sustenta:

O princípio geral constitui a norma jurídica que exprime, de forma sintética, o conteúdo prescritivo de um amplo complexo de regras, cuja vigência prevê a emanação de normas de certa expressividade. O princípio constitucional deve ser examinado ao lado dos princípios supremos da Constituição material. Tem o princípio constitucional certas características que reforçam a aplicabilidade da Constituição. Ao lado de princípios básicos podemos relacionar: o princípio democrático, o princípio pluralístico, o princípio ideológico, o princípio institucional, o princípio da igualdade, o princípio da tutela do trabalho, o princípio da tutela da pessoa e do ambiente, o princípio solidarista e o princípio internacionalista.

Tais princípios são destacados pelo mencionado autor como imprescindíveis à efetivação da garantia constitucional dos direitos fundamentais. A jurisprudência assenta-se nos valores constitucionais da igualdade e da solidariedade. Esses valores consolidam o exercício dos direitos individuais e coletivos, da liberdade, da segurança, do desenvolvimento, da igualdade e da Justiça como valores supremos.

O acesso à Justiça passa, dessa forma, a ser um direito fundamental protegido pelo Estado Constitucional ao mesmo tempo em que é a garantia da efetividade de todos os demais direitos fundamentais. Afinal, muda a sociedade, a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz a emergência de novos direitos fundamentais – civis e políticos – que merecem a sua proteção.

#### **4. Direitos civis e políticos *versus* internacionalização da economia**

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a aprovação e proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, temos os grandes marcos da internacionalização dos direitos humanos. A partir daquela data considera-se cidadãos não apenas aos detentores dos direitos civis e políticos, mas a todos os integrantes do âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma variedades de direitos e, também, de deveres.

O processo de internacionalização dos direitos humanos traça uma nova concepção de direitos de cidadania que, outrora, com a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, sob o influxo da burguesia do liberalismo econômico, expressavam o conjunto dos direitos individuais e políticos. Antes disso, a proteção aos direitos do homem limitava-se a apenas algumas legislações internas, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789.

A nova concepção de cidadania buscou afastar-se do conceito de soberania estatal absolutista, que concebia os Estados como únicos sujeitos de Direito Internacional Público, com o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Nesse contexto, os indivíduos passam a ser sujeitos de Direito Internacional, que é dotado de mecanismos processuais eficazes para o resguardo desses direitos.

O Direito Internacional dos direitos humanos vem se consolidando após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), oriundo dos horrores do nazismo, foi construído a partir de uma normatividade internacional, até então inexistente. A estrutura normativa de proteção internacional aos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção global, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrange, ainda, os instrumentos de proteção regional, pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano. Os referidos sistemas são complementares, sendo que fica ao alvitre do cidadão que sofreu vulneração de direitos a escolha do aparato que mais o beneficie. O Direito Internacional dos direitos humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional.

O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arent (2000), passou a ser a referência fundamental de todo o processo internacionalizante, e não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados. A internacionalização da economia é um processo que se acentuou ao longo da segunda metade do século XX, tendo como características marcantes a instantaneidade das informações e da comunicação, a padronização dos meios técnicos e a interconexão das economias de diferentes países. Embora a globalização econômica seja um fator preponderante, responsável pelo desenvolvimento das relações internacionais, por agir sob a égide das forças livres, ela acaba, muitas vezes, comprometendo os recursos naturais e o meio ambiente como um todo.

Quando se falou em globalização econômica pela primeira vez, a ideia foi

colocada como panacéia: novas tecnologias e métodos gerenciais promoveriam, por si só, o aumento geral da produtividade, o bem-estar de todos e a redução do abismo social dentro e fora das nações. Entretanto, passados poucos anos, verificou-se situação diversa, com o acúmulo de riqueza nas mãos de poucos e o aumento das desigualdades sociais. Ao lado dessa trágica realidade gerada pela globalização econômica, observou-se também a crescente degradação do meio ambiente e o uso descontrolado dos recursos naturais. Portanto, indispensável se faz que a sociedade recorra à pesquisa científica e tecnológica para auxiliar o almejado desenvolvimento sustentável.

A globalização propicia, em tese, um dinamismo econômico, da qual decorre a aceleração do progresso devido ao intercâmbio de conhecimento e às tecnologias. Entretanto, ainda existem países que se recusam a cumprir protocolos assinados para a preservação do meio ambiente. Nesse contexto, como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? Na regulação desses direitos é preciso encampar o pensamento de que a proteção dos direitos humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolve um exame interdisciplinar, “concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada” (TEPEDINO, 1988, p. 107).

Verificam-se duas tendências contraditórias:

De um lado, o intervencionismo supranacional sobre o direito interno da maior parte dos países europeus e americanos, a implicar rigoroso planejamento e pouquíssimo espaço para a soberania, valendo-se os centros de decisão de práticas notadamente autoritárias, na fixação das metas a serem alcançadas por cada país; e, de outro, um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão-de-obra e investimentos, com a derrubada das barreiras alfandegárias nas relações internacionais, como forma de formar mercados supranacionais. Daí decorrem diversas consequências em termos hermenêuticos, no que tange aos direitos humanos na atividade econômica privada. (TEPEDINO, 1988, p. 114).

Portanto, há um choque entre as fontes do ordenamento interno e as fontes externas. Gustavo Tepedino (1988) sustenta que esse contraste normativo não pode aniquilar os valores internos que garantem a estabilidade social e o respeito

aos princípios constitucionais nacionais. Lembra, ainda, que “prevalece, em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos.”

Nesse quadrante, nota-se que os direitos civis, políticos e sociais dos países subdesenvolvidos passam a ser vistos como “custo econômico da produção, no panorama da competição internacional” (TEPEDINO, 1988, p. 115).

Há dois grandes desafios: a implementação de investimentos em fatores que tragam competitividade internacional e os investimentos sociais, que garantam o exercício da cidadania e uma cultura de direitos humanos. Sustenta Gustavo Tepedino (1988, p.115) que a busca da competitividade

acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os modelos anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios.

É imperioso reconhecer a necessidade de se construir um modelo econômico que gere, ao mesmo tempo, riqueza e bem-estar, concomitantemente à promoção da coesão social e da preservação da natureza.

O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os Direitos de cidadania e obter Justiça social.

## **5. As mudanças sociais e econômicas, a produção legislativa e o reflexo na atividade judicial.**

A humanidade vem se defrontando com diversos problemas típicos da sociedade pós-industrial, dentre eles a dificuldade em compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ao meio ambiente. Verifica-se que não há uma divisão equitativa dos benefícios do desenvolvimento tecnológico e econômico-financeiro entre as nações. Na verdade, há uma assustadora concentração de capital nos países desenvolvidos em detrimento dos demais, levando a desequilíbrio socioe-

conômico e tecnológico, daí decorrendo a miséria, a pobreza, o subdesenvolvimento, as graves injustiças sociais, a corrupção, as epidemias.

Esses problemas afetam todo o globo, gerando efeitos que se refletem em todas as direções, sendo mais sentidos no âmbito do consumidor e do ambiente, despertando a consciência de que urge programar um consumo e um desenvolvimento sustentáveis. Nessa trajetória de descompassos econômicos e sociais, os direitos do consumidor e do meio ambiente foram alçados à categoria de novos direitos humanos fundamentais. Dessa forma, indaga-se: como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? A produção legislativa não consegue atender a essas exigências da sociedade contemporânea.

Atualmente, observa-se que, além do controle da constitucionalidade, aos tribunais, em geral, compete, a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambiguidade dos textos legislativos, por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação. O juiz, como agente político (não partidário), é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. Verifica-se que a politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas, que são condutoras de valores e expressões de um poder político. Não existe, assim, norma neutra. Logo, se o juiz é um aplicador de normas, não existe juiz neutro. Em verdade, no marco do Estado Constitucional de Direito, a atividade política e a atividade judicial estão estreitamente unidas pelo império do Direito.

Outro aspecto da politização do juiz está no fato de que as constituições modernas contemplam normas de conteúdo poroso, a ser complementado pela *práxis*. E o Poder Legislativo derivado, por sua vez, em muitas situações, não só não se esforça para preencher o vazio, senão *prima* por seguir a mesma técnica da legislação aberta, indeterminada. Incapaz de solucionar alguns megaconflitos modernos, muitas vezes o legislador acaba atribuindo ao Judiciário a responsabilidade de moldar a norma final aplicável.

O Judiciário não somente passou a solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, além de implementar o conteúdo promocional do Direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais. De qualquer forma, “essa politização do juiz, que é inegável dentro do Estado Constitucional de

Direito, concebido como fonte e limite do direito, não pode, no entanto, chegar ao extremo de lhe permitir a substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade política. (... *omissis*).” (GOMES, 1997, p. 47).

No que tange ao contexto antinômico, percebe-se que o produto legislado não está, também, imune a antinomias, ou seja, duas ou mais normas podem apresentar-se conflitantes. Nesse conflito de normas, a doutrina desenvolveu critérios mediante princípios jurídico-positivos para solucionar as antinomias aparentes. Quanto ao contexto lacunoso, verifica-se que o produto legislado está impregnado dos problemas relativos à incompletude do sistema jurídico, na visão de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 127).

É importante registrar que não há unanimidade na doutrina quanto à questão de existirem ou não lacunas na ordem constitucional. Cuida-se de questão aberta, jungida à concepção jurídica de sistema. Para Bulos (1997, p. 127), se entendermos o sistema jurídico como sendo aberto, dinâmico, incompleto, abrigando normas, fatos e valores, “não há como considerar o dogma da plenitude hermética da ordem constitucional, do mesmo modo como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral.” Com a devida *vênia* ao aludido mestre, filio-me ao pensamento sistemático e ao conceito de sistema na Ciência do Direito na visão de Claus-Wilhelm Canaris (1996), no que concerne à ordem e à unidade como características do conceito geral de sistema, e, principalmente, à Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio (1999), no sentido de pensar o sistema como uma unidade, com coerência e completude lógicas.

O princípio da unidade do sistema do Direito positivo é homólogo ao princípio da unidade no conhecimento jurídico-dogmático. A unidade de um sistema de normas é decorrente de superior fundamento de validade desse sistema – a Constituição positiva, ou, em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental. A unicidade decorre da possibilidade também gnoseológica (lógico-transcendental) de se poder conceber todo o material jurídico dado como um só sistema. O sistema da Ciência do Direito é dotado de critérios que permitem decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema, bem como se ela apresenta coerência interna, ou seja, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes dos subsistemas e, ainda, completude.

A experiência demonstra que há contradições entre as proposições normativas de um mesmo nível, entre leis constitucionais, entre leis ordinárias, entre regulamentos e entre outros atos normativos. Tais contradições são elimináveis pelo princípio extra lógico da norma de nível mais elevado sobre a norma de nível

inferior, ou pelo critério, também extra lógico, da sucessão temporal (norma de mesmo nível revoga norma anteriormente promulgada); da norma geral que admite a contraposição contraditória de norma especial, estatuidando para todos os casos compreendidos num conjunto, menos para alguns que se excetuam.

Dentro do sistema jurídico é possível encontrar solução para qualquer problema, pois, nos casos de aparente incompletude da norma, os princípios do ordenamento jurídico apresentam a resposta para essas antinomias. Ainda que existam vazios normativos dentro do sistema, tais lacunas podem ser preenchidas ou colmatadas mediante a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade, com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Nota-se que o novo paradigma pós-positivista baseia-se na juridicidade dos princípios, sendo o mais relevante – o princípio da dignidade da pessoa humana.

## **6. Superação do individualismo e a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana na atividade econômica**

Antigamente predominava a visão de que o Direito Civil seria um ramo distanciado do Direito Constitucional. Entretanto, com a dinâmica do mundo moderno, esta concepção tornou-se ultrapassada, sendo imperativa a análise da constitucionalização e da publicização no âmbito civil. Tal mudança justificou-se em virtude da necessidade de acompanhar os novos valores e os novos direitos salvaguardados pela Carta Constitucional brasileira de 1988, sendo fundamental que o operador do direito interprete e aplique o Novo Código Civil à luz da Constituição. A constitucionalização é o processo que submete o Direito positivo aos fundamentos de validade estabelecidos na Constituição e a publicização é o processo de intervenção no setor legislativo infraconstitucional que objetiva reduzir o campo da autonomia privada com o escopo de tutelar a parte mais vulnerável da relação jurídica. A publicização apresenta-se como fenômeno intervencionista estatal que tem gerado a autonomia de vários ramos novos do direito, dentre eles o Direito do Consumidor.

Verifica-se que o Estado brasileiro, após a Constituição de 1988, deixou de lado o modelo Liberal e passou a paradigma Social, consagrando Direitos individuais e coletivos que alcançam várias dimensões da cidadania. O Código Civil brasileiro de 1916 possuía uma ideologia liberal oitocentista, impregnada por um marcante individualismo jurídico. Assim, evidenciou-se o grande abismo entre os princípios e valores do Código Civil de 1916 e os princípios e valores presentes na

sociedade pós-industrial, revelando a necessidade de romper com os padrões civilistas e adequá-los aos atuais princípios e regras constitucionais.

A complexidade da vida contemporânea demonstrou a incompatibilidade do Código Civil de 1916 com a ideologia constitucional estabelecida após 1988, não recomendando a continuidade daquele Código, seja pela emergência de novos direitos que passaram a exigir tratamento multidisciplinar e para os quais aquela codificação se mostrou inadequada, seja pelo fato de a patrimonialização das relações ali presentes contrastarem com o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado pela Carta Constitucional brasileira de 1988. No Novo Código Civil observa-se a presença de valores como: afetividade, essencial valor da família; a função social como conteúdo merecedor de destaque, e não apenas como limite da propriedade, nas suas diversas perspectivas; o princípio da equivalência material das prestações e a defesa do contratante hipossuficiente, no contrato.

Todos esses valores e princípios devem ser considerados pelo aplicador do direito, uma vez que foram convolados a princípios e regras de índole constitucional, devendo nortear a realização do Direito Civil. Com efeito, o novo Direito Civil evoluiu rumo à concretização de todos os Direitos fundamentais das pessoas, a fim de construir uma sociedade mais justa e cada vez menos excludente. Assim, o grande desafio da atualidade é a repersonalização efetiva no Direito Civil, ou seja, o reposicionamento da pessoa humana como elemento central, passando o patrimônio a papel secundário. Outro desafio importante está na eficácia privada dos Direitos fundamentais. Para tanto, é necessário efetivar concretamente os Direitos humanos e de cidadania.

## **Conclusões**

O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania. Nesse contexto, marcado pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas, verifica-se que a produção legislativa não consegue acompanhar tais demandas, a despeito de serem utilizadas técnicas como as cláusulas gerais que conduzem à acolmatação, pelo órgão julgador, dos fatos sociais frente à norma legislada, no sentido da concretização do Direito e da atualização da norma.

O desafio do juiz contemporâneo está em julgar com Justiça, eis que ele deve valer-se dos princípios jurídicos, como o da razoabilidade e da proporcionali-

dade, num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, na fundamentação de suas decisões. É indispensável que o magistrado tenha prudência, pois ao aplicar a lei em cada caso, ele interpreta o fenômeno jurídico. A interpretação e aplicação possuem conteúdo eminentemente prático da experiência humana, vez que se espera uma decisão não apenas jurídica, mas também de conteúdo social.

O contínuo crescimento e diversificação das necessidades da sociedade, no que concerne à regulação pelo Poder Legislativo, tornaram insustentável o monopólio parlamentar; por conseguinte, a partilha da competência legislativa com o Poder Executivo vai implicar a extensão das competências próprias do órgão de controle da lei – o Poder Judiciário. Portanto, abandona-se a crença na auto-suficiência de um processo lógico-dedutivo que reduziria a interpretação a uma exegese do texto, e passa-se a destacar a importância decisiva da *applicatio* pela qual qualquer ato de interpretação constitui aditamento de sentido.

Em decorrência, o Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes, envolta na globalização econômica e, por isso, impõe-se a diversificação do Judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva. De outra face, inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil; contudo, carece esse Poder de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção igualmente caótica, bem como deficientes são os instrumentos disponíveis ao Judiciário, porque já não se aceita a verdadeira liturgia do processo, o amor desmedido pelos ritos, que quase passaram a ter fim em si mesmos.

O Judiciário, nos tempos atuais, não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. O juiz deve estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do Direito através do processo hermenêutico, bem como adaptar as regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar as soluções justas aos conflitos, sempre com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

O modelo pós-positivista vigente investe na juridicidade dos princípios ante a insuficiência da concepção jurídica normativista-legal diante da dinâmica da

realidade social em contínua mutação e complexidade. Verifica-se que, de um lado, há o direito instituído formalmente e, de outro, a normatividade que emerge das relações sociais, o que leva à necessidade de novas condições sociais e teóricas para orientar a cognição do Direito e a atuação de seus operadores. Percebe-se a emergência de novos movimentos sociais e de novos sujeitos de direito neles constituídos, em decorrência do surgimento de novos conflitos e a ocorrência de um efetivo pluralismo jurídico.

Trata-se de uma crise decorrente do esgotamento dos fundamentos que atinge todas as instituições sociais, não sendo diferente com relação à Ciência do Direito e ao Sistema Judiciário, que não podem mais servir-se do referencial da cultura legalista que os construiu. Esse processo oportuniza, também, a crítica sobre o próprio pensar e o agir dos juízes e assegura condições para o debate aberto sobre o Direito e a Justiça.

Nesse contexto, levando em conta esta crítica, há espaço para a reflexão acerca da atuação criativa dos juízes e, também, à renovação das instituições para a abertura de novos espaços públicos, privados e condições para o debate e para a construção de consensos, no sentido da plena concretização dos Direitos de cidadania e do fortalecimento da cultura de Direitos humanos.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Version castellana: Ernesto Garzon Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CALAMANDREI, Piero. *L'avvenire dei diritti di libertà*. Introdução à segunda edição de RUFFINI, F. *Diritti di libertà*, Florença: La Nuova Italia, 1946, reimp. 1975.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, 1988.
- CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- FACHIN, Luiz Edson. O Direito Civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 53-68, 21 a 25 de junho de 2004.
- GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. v. 3, n. 141, p.100-109, jan./mar, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6 e 7, p. 63-77, 1998/1999.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juízes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.
- SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, v. 6, n.23, p. 272-297, 2003.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz, seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, v. 4, n.7, p. 103-116, jan./jun., 1998.
- \_\_\_\_\_. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 11-35, 21 a 25 de junho de 2004.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.
- VIRGA, Pietro. *Libertá giuridica e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1947.

### Resumo

O artigo aborda os desafios que a magistratura precisa enfrentar na sociedade contemporânea, permeada por conflitos crescentes e envolta na globalização econômica, a fim de fortalecer a cultura de direitos humanos fundamentais e a plena concreção dos direitos de cidadania. Sustenta que o Judiciário, nos tempos atuais, não pode se limitar a assumir função meramente jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, vez que na atualidade vigem um modelo pós-positivista, que prestigia a juridicidade dos princípios ante a insuficiência da concepção jurídica normativista-legal. É imperioso que os juízes levem em conta os princípios jurídicos na fundamentação de suas decisões, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

Palavras-chave: Magistratura – Sociedade contemporânea – Direitos humanos fundamentais.

### Abstract

The article discusses the challenges that the Judiciary needs to face in contemporary society, permeated by increasing conflicts and involved in economic globalization, to strengthen the culture of basic human rights and full concretion rights of

citizenship. She argues that the judiciary in modern times is not limited to a purely legal, technical, or secondary function, but it must have an action that innovates legal and social order, as it prevails today a post-positivist model, which honors the juridical principles. It is imperative that judges take into account the principles of law as grounds for their decisions, always observing the social purposes of the law and the requirements of the common good.

Key words: Judiciary – Contemporary society – Fundamental human rights.

## **1. Introdução**

A mediação é técnica alternativa de solução de conflitos que privilegia o resultado consensual. Trata-se de método extrajudicial de solução de controvérsias não adversarial, que se apresenta como alternativa à jurisdição.

A jurisdição, como cediço, é poder atribuído a terceiro imparcial de, dentro do processo, solucionar controvérsias aplicando ao caso concreto o direito objetivo, com escopo político de pacificação social. Entretanto, também é de conhecimento corrente que os órgãos jurisdicionais carecem de estrutura física e estrutural para suportarem a demanda crescente e ininterrupta por justiça, o que acarreta a disseminação de processos que pendem sem solução por tempo irrazoável.

A exigência de duração razoável do processo restou evidenciada com a chamada reforma do Judiciário operada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição da República.

Sobre a crise da jurisdição, vale transcrever as lições hauridas da monografia *Mediação e Arbitragem*, da lavra dos eminentes juristas gaúchos José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler<sup>1</sup>, *verbis*:

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e, especialmente, da estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise.

Nesse contexto, demonstrada a inoperância estatal para solucionar demandas em tempo razoável, tendem a se desenvolver procedimentos que apresentem alternativas à jurisdição, como a mediação, a conciliação e a negociação.

Dessa forma, é premente que se reavalie a necessidade de se estabelecer equivalentes jurisdicionais como forma de aliviar a carga jurisdicional brasileira. É certo que o Estado moderno chamou para si o monopólio da jurisdição. Não é menos certo, entretanto, que tal mister não vem sendo cumprido com excelência, o que reacende a discussão em torno das técnicas alternativas de solução de controvérsias.

## 2. A mediação de conflitos

A mediação de conflitos propicia solução consensual das controvérsias. Estabelece-se de forma diversa da conciliação, na medida em que não se vislumbra um ganhador e um perdedor. Há apenas ganhadores. A solução não é imposta ou sugerida por um terceiro, mas negociada com a ajuda de interlocutor privilegiado que fomenta o consenso, sem, porém, sugeri-lo ou impô-lo.

A mediação busca desconstruir os conflitos surgidos, na medida em que o mediador instiga os contendores a exporem seus pontos de vista e a discutir a relação deduzida, com vistas a alcançarem uma solução que não somente serene suas almas, mas que também previna conflitos futuros.

A eminente Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrighi, denomina a mediação como “**Justiça Doce**”, por se tratar de novo caminho que deverá ser trilhado por todos na busca de resolução de conflitos, por meio do diálogo, verdadeiro instrumento e agente de transformação.

O projeto de Lei da Câmara, PLC nº 4.827-b, de 1998, institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos e estabelece, em seu artigo 2º, que qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática pode ser mediador, assim como pode sê-lo também pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às mencionadas exigências.

Em outros países, como na Argentina, a mediação judicial só pode ser exercida por advogados. Não há, porém, sentido em restringir a mediação aos advogados: um mediador não precisa sequer possuir curso superior, deve ser capacitado para a *mediação*. De acordo com cada tipo de conflito é que as partes elegerão o mediador que melhor possa orientá-las, que tenha uma formação mais voltada para o caso específico, podendo, inclusive, ser recusado pelas partes. No desempenho de sua função o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

O projeto de lei brasileiro prevê ainda que a mediação deve ser levada a efeito no prazo de até três meses, prorrogável por igual período e que poderá ser judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

A mediação deve ser aplicada prioritariamente nas relações sucessivas, continuadas, nomeadamente nas questões entre vizinhos, nas relações trabalhistas e no contexto empresarial. Isto se explica pelo fato de que, em mencionados contextos, as partes continuarão a relação de convivência ou comercial. Assim, a solução consensual dos conflitos possibilitará o entendimento e prosseguimento das relações sociais.

A par das relações de trato sucessivo, referidas alhures, não há óbice na aplicação das técnicas de mediação em conflitos de natureza criminal ou infracional. Logicamente, o ordenamento jurídico penal deve ser respeitado, razão pela qual resta impossibilitada a mediação nos crimes apurados mediante ação penal pública incondicionada, na medida em que vige, mesmo que de forma mitigada pela possibilidade de transação penal, o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Assim, nos crimes apurados mediante ação penal pública condicionada à representação e naqueles em que ação penal é privada, a solução consensual apresenta-se como alternativa viável e até recomendada.

De acordo com Lília Maia de Moraes Sales<sup>2</sup>:

a mediação penal configura o diálogo construtivo entre a vítima e o infrator, apresentando o mediador como o facilitador dessa comunicação. A resolução do conflito é decidida entre as pessoas envolvidas, fazendo com que a vítima perceba o infrator com um ser humano e não apenas como um ser brutal, insensível ao seu sofrimento, possibilitando-lhe a avaliação das circunstâncias que o levaram a agir do modo como agiu, *desdramatizando* o ato. O infrator, por sua vez, escuta sobre o mal-estar (raiva, tristeza, dor, perda) que causou à vítima, conscientizando-se do mal pelo qual foi responsável, reagindo de forma positiva e buscando a reparação.

A mediação nesses casos possibilita ao autor da infração profunda reflexão sobre seus atos, estendendo ao infrator a chance de se redimir de sua conduta. É a chamada “justiça restaurativa”, que possibilita a reconstrução das relações fragilizadas, além de valorizar o caráter ressocializador da pena em detrimento de seu aspecto retributivo.

Segundo noticiado por João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, em documento intitulado *Percursos da Informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, no âmbito do Observatório Permanente de Justiça, p. 153-191, a mediação penal tem sido implantada em muitos países nas últimas décadas. Na Inglaterra, 1984, foi criado o Mediation UK, inspirado na experiência norte-americana em mediação de conflitos. Em 1985 foi implantado o *Adult Reparation Bureau*, em Northhampton, com o intuito de avaliar se cada caso poderia ser adequado à mediação penal. Como resultado, apresentou-se que 62% das pessoas que passaram por um processo de mediação ficaram completamente satisfeitas contra 25% que se manifestaram insa-

tisfeitas com a mediação ou com o resultado encontrado. Cerca de 90% das vítimas e dos acusados consideraram que foram tratados com justiça e correção, evitando-se assim o processo penal tradicional para quase totalidade dos participantes.

Também há relatos de mediação penal em França, experiência esta iniciada na década de 1980 com o *Centre de Médiation et de Formation a lá Mádiation (CMFM)*. Em 1996, foi publicado o Decreto n. 96-30, que modificou o Código Penal Francês, o qual passou a prever a mediação penal. Em 1998, foram recebidos 352 dossiês, dos quais metade pôde ser resolvida por meio da mediação.

Outras experiências de justiça restaurativa foram implantadas na Europa, principalmente em Espanha e Portugal.

A Professora Lília Maia de Moraes Sales (pág. 126/127) narra experiência pioneira de justiça restaurativa no Brasil. Trata-se de trabalho realizado pelo mediador Juan Carlos Vezzulla e pelo juiz do Tribunal de Justiça de Santa Catarina Alexandre Moraes da Rosa, que apresentou como foco de estudo os adolescentes em conflito com a lei.

Vê-se, portanto, que a justiça restaurativa está umbilicalmente ligada à mediação, se apresentando como alternativa viável à solução de controvérsias, principalmente aquelas decorrentes de relações continuativas

### **3. Os núcleos de mediação comunitária**

O Ministério Público e a Defensoria Pública são instituições permanentes, essenciais ao exercício da função jurisdicional. É o que se depreende da análise dos artigos 127 e 134 da Constituição da República.

Ambas as instituições referidas possuem feição democrática e devem zelar pela pacificação social, escopo político da função jurisdicional. Como forma de atingir seu mister constitucional, tanto a Defensoria Pública quanto o Ministério Público valem-se do processo jurisdicional. Entretanto, é recomendável que enviem esforços no sentido prevenir conflitos evitando a perenização de processos judiciais. Para tanto, exige-se a participação proativa de tais órgãos, com vistas a pacificar as relações sociais de forma mais célere, apresentando aos jurisdicionados respostas aos seus conflitos em prazo razoável.

O Ministério Público do Ceará, em iniciativa pioneira, implantou o Núcleo de Mediação Comunitária, que tem como objetivo precípua oferecer à comunidade um instrumento de cidadania que venha garantir atendimento rápido, gratuito e eficiente, por meio de seus próprios membros, além de contribuir para a boa administração dos conflitos e redução dos índices de violência por meio da mediação e da conciliação.

Segundo informa a já referida professora Lília Maia de Moraes Sales<sup>3</sup>:

para concretizar seus objetivos, o Núcleo [de Mediação Comunitária] realizou uma ampla divulgação sobre as atividades em mediação comunitária e formou um corpo de mediadores voluntários (membros da comunidade local). As atividades do Núcleo de Mediação são avaliadas por meio de pesquisa na comunidade e de estatísticas mensais e anuais. A equipe é capacitada sistematicamente, os processos são acompanhados e o Núcleo mantém contato com as partes que se utilizaram do seu serviço, averiguando sua eficácia.

Como forma de capacitar os mediadores comunitários, a Procuradoria de Justiça do Ceará firmou convênio com o Instituto de Mediação e Arbitragem do Ceará – IMAC, hoje denominado Instituto Mediação Brasil.

Também a Defensoria Pública exerce papel relevante na solução consensual de conflitos, na medida em que os acordos extrajudiciais referendados pela Instituição têm força de título executivo extrajudicial, conforme o artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...)

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o documento de transação referenciado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

Dessa forma, a Defensoria Pública ocupa lugar de destaque na solução não adversarial das lides. Os defensores podem atuar em frentes diversas, tais como na supervisão dos processos de mediação, na elaboração de acordos decorrentes da mediação e no ajuizamento das ações cabíveis nos casos em que não foi possível a solução consensual.

Vê-se, portanto, que a Defensoria Pública exerce papel invulgar no que tange à solução extrajudicial de controvérsias, desincumbindo-se, assim, de sua missão constitucional.

Há ainda a possibilidade de se firmar convênios entre a Defensoria Pública dos Estados e Faculdades de Direito, com o objetivo de arregimentar mediadores

capacitados juridicamente, pois que acadêmicos de direito, oportunizando a estes, treinamento adequado à solução mediada dos conflitos.

#### **4. A mediação extrajudicial em matéria penal**

No tocante à mediação penal, seria interessante que se refletisse sobre a possibilidade de se instalar Núcleos de Mediação Comunitária nas sedes de circunscrições policiais, o que permitiria um arrefecimento dos ânimos e, talvez, solução intermediada do conflito posto e latente, possibilitando aos contendores a possibilidade de exporem suas querelas a interlocutor capacitado.

A experiência de mediação nas delegacias policiais serviria ao propósito de humanizar o ambiente policial e aproximar a comunidade da Polícia Civil, servindo para superar o abismo existente entre ambos. Tal propósito se harmoniza com o ideal de Polícia Comunitária tão propalada hodiernamente e proporcionaria um real direito fundamental ao acesso à justiça.

Evitar-se-ia o registro de ocorrências policiais, que por si só representam constrangimento ao autor do fato, na medida em que a infração passa a constar dos bancos de dados policiais.

Obviamente que a triagem das infrações que deveriam ser submetidas à mediação seria exercida pelo delegado de polícia de plantão no momento da apresentação da controvérsia.

#### **5. A mediação e a Lei Maria da Penha**

As relações domésticas e de coabitação são fonte inesgotável de conflitos, mormente entre conviventes. A chamada violência doméstica ocupou a atenção de nosso legislador ordinário que, em 2006, fez editar a chamada Lei Maria da Penha, Lei 11.340 de 2006, com vistas a reprimir a violência física e moral contra a mulher.

Ocorre que grande parte dos conflitos domésticos se dá entre companheiros e são acarretados, em sua maioria, por desavenças relacionadas à prestação de alimentos para um dos cônjuges ou para filhos. Logicamente que o ódio é catalizado pela ingestão de bebidas alcoólicas ou drogas outras, lícitas ou ilícitas.

Dessa forma, óbice não haveria para que fossem submetidas tais controvérsias ao processo de mediação, principalmente por revelar interesse patrimonial secundário. Serviria ainda a mediação ao propósito de aplacar o ódio entre as partes, o que poderia acarretar a reconciliação entre os contendores.

Sobreleva ressaltar que a solução sugerida somente se coadunaria com nosso ordenamento penal se o crime praticado pelo autor do fato fosse apurado mediante ação penal pública condicionada à representação ou ação penal privada. À guisa de exemplo, poderíamos apontar a lesão corporal praticada contra a mulher em situação de violência doméstica. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão emblemática e recente, firmou o entendimento que o crime de violência doméstica somente se procede mediante representação.

Ademais, o eventual acordo de alimentos resultante da mediação, desde que homologado judicialmente, seria considerado título executivo judicial, conforme o artigo 475-N, inciso V, do Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

[...]

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente.

## 5. Conclusão

Os conflitos, se bem administrados pelas partes, contribuem para a evolução e desenvolvimento das pessoas e para a manutenção das relações de trato sucessivo. Com vistas a alcançar esse objetivo, a mediação se revela em atividade promissora, inclusive em matéria penal.

A partir dessas premissas, chamamos a atenção para a mediação extrajudicial penal.

No Brasil, forte nas experiências das Defensorias Públicas dos Estados e do Ministério Público estadual, procurou-se demonstrar a importância da mediação e o crescimento de sua procura como método de resolução de conflitos.

A disseminação da mediação extrajudicial em matéria penal contribuirá para o arrefecimento da violência e para garantir o direito fundamental de acesso à justiça, deixando para o Judiciário apenas os casos que realmente precisam de sua intervenção.

O Poder Judiciário e a sociedade civil organizada precisam voltar suas ações para as alternativas à jurisdição, devendo se buscar soluções inteligentes e não adversariais para a litigiosidade crescente, que decorre das chamadas demandas em massa.

Tramita a passos não muito ágeis no Congresso Nacional projeto de lei que disciplina e institucionaliza a mediação de conflitos no Brasil. Trata-se do PL n. 94/

2002, versão consensuada, decorrente da fusão entre o PL n. 4827/1998, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra, e o anteprojeto de lei de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual, representado pela jurista Ada Pellegrini Grinover.

Atualmente o PL n. 94/02 encontra-se novamente na Câmara dos Deputados para última análise.

Entretanto, o projeto de lei de regência da mediação não contempla a mediação em matéria penal, limitando-se aos conflitos na esfera civil.

Perdeu o legislador oportunidade ímpar de avançar e contemplar solução alternativa também para os conflitos de natureza penal.

O êxito da mediação, judicial ou extrajudicial, vinculada ou não ao Poder Judiciário, proporciona ao cidadão amplo acesso à justiça, além de tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana.

## Notas

<sup>1</sup> MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.77.

<sup>2</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p.123.

<sup>3</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. op.cit. p.238.

## Referências Bibliográficas

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do processo de conhecimento e processo de conhecimento*, 12. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. v.1.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

QUIROGA, Marta Gonzalo (Coord.). *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Universidade Rey Juan Carlos, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Coord.). *Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Lília Almeida. *A utilização da mediação de conflitos no processo judicial*. Disponível em: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em: 10/04/2010.

### **Resumo**

O presente trabalho trata da relevante contribuição que a mediação pode trazer à pacificação social e ao arrefecimento dos conflitos, além de propiciar acesso à justiça, assegurando-se, direito fundamental relevante e necessário à concretização do Estado Democrático de Direito. Ressaltaram-se ainda as iniciativas pioneiras implementadas pelo Ministério Público nos Estados e pela Defensoria Pública na utilização da mediação extrajudicial como alternativa à jurisdição. O autor destaca a importância da mediação em matéria penal, mormente sua aplicação extrajudicial.

Palavras-chaves: Mediação de Conflitos – Matéria Penal – Mediação e Lei Maria da Penha.

### **Abstract**

This article emphasizes the important contributions that mediation can bring to peacemaking and mitigation of social conflicts, and also to the promotion of access to justice, which is a fundamental right certainly essential to Democratic State of Law. The author discusses, moreover, the pioneering initiatives implemented by Prosecutors in the states and by the Public Defender in the use of mediation as an alternative to extrajudicial jurisdiction. Finally, postulates that mediation plays an important role in criminal matters, specially in extrajudicial scope.

Keywords: Conflict Mediation – Criminal Matters – Mediation and Maria da Penha Law.



**Antonio Malva Neto**

*Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UPIS – Artigo baseado no Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – Brasília, 2010.*

***Súmula Vinculante nº 9  
– A perda dos dias  
remidos pelo  
cometimento de falta  
grave. Os motivos para a  
inconstitucionalidade da  
Súmula Vinculante nº 9***

Afirma de Cezar Roberto Bitencourt: O instituto da remição de parte da pena pelo trabalho teve origem no Direito Penal Militar da guerra civil espanhola, na década de trinta do Século XX, permanecendo no artigo 100 do Código Penal espanhol, apesar das contundentes críticas que o trabalho prisional vem recebendo atualmente no direito europeu.<sup>1</sup>

No Direito Brasileiro, foi elaborado pelo Ministério da Justiça um Anteprojeto de Lei de Execução Penal, em 1981, que não previa a remição. Entretanto, o Anteprojeto revisor de 1983, também formulado pelo Ministério da Justiça e posteriormente convertido em Projeto de Lei, funcionou como o embrião da Lei 7.210/84, quando se fez, pela primeira vez em nosso ordenamento, referência ao instituto da remição, nos artigos 125 a 129. A comparação entre o Projeto de Lei e o que está na Lei de Execução Penal nada mudou em nível de redação; apenas quanto à disposição topográfica, qual seja, o número dos artigos.

Ao inserir a remição da pena, na Lei nº 7.210/84, o legislador trouxe algumas críticas relacionadas com o fato de que tal instituto seria matéria de pena, logo de direito material, ficando assim, por conseguinte, melhor disposta no Código Penal.<sup>2</sup>

Segundo ensina Julio F. Mirabete:

Pode-se definir a remição, nos termos da lei brasileira, como um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semi-aberto. Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva.<sup>3</sup>

Tal entendimento logrou forte êxito na perspectiva de legitimação da pena prisional, sobretudo no que concerne à opinião pública, uma vez que tal instituto traz consigo a lógica de um sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade, bem como aquelas práticas fundadas no paradigma da recuperação do indivíduo. Fácil é enxergar que se está diante de um sistema viabilizador de gradual abrandamento do rigor e das restrições penais às quais se submetem os apenados, mediante a verificação de requisitos objetivos e subjetivos legalmente estabelecidos para a execução da pena.<sup>4</sup>

Segundo a Lei de Execução Penal, o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir parte do tempo de sua pena, pelo trabalho, artigo 126 da Lei nº 7.210. Todo o cálculo é feito de maneira que a cada três dias trabalhados, o preso tem direito de remir um dia de sua pena.

Porém, a Lei de Execuções, prevê também que:

Art. 127: O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando novo período a partir da data da infração disciplinar.

Iniciou-se, então, na doutrina, uma discussão acerca do artigo 127 da Lei de Execução, aplicando-se apenas aos últimos trinta dias a perda dos dias remidos. Isso porque o artigo 58 da mesma lei estabelece: “*O isolamento, a suspensão, e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado*”. Com isso, depois de reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante, que traz em seu bojo o recebimento, pelo ordenamento constitucional, do artigo 127 da Lei de Execução Penal sem prejuízo ao artigo 58 da mesma Lei de Execução.<sup>5</sup>

Segundo Rodrigo de Abreu Fudoli, o instituto da remição da pena possui natureza jurídica de direito subjetivo do apenado: é apenas uma das formas que o Estado proporciona ao condenado para que ele promova a individualização executória da pena como co-juiz da sua própria execução.

Sendo assim, tratando-se de direito subjetivo do apenado, quando preenchido o critério objetivo, qual seja o trabalho laboral, inicia-se aí o direito subjetivo público de o preso remir a sua pena.

Para Cezar Roberto Bittencourt, em sua obra *Manual de Direito Penal*, remir é “*abater, descontar, pelo trabalho realizado dentro do sistema prisional, parte do tempo de pena a cumprir*”.

Assim, preenchidos os requisitos objetivos para a remição, qual seja a atividade desenvolvida, torna-se direito do interno a remição de sua pena, reconhecida

por sentença do Juízo da Vara de Execuções Penais, pois é instituído pelo qual o trabalho realizado faz cumprir parte da pena.

Existe discussão quanto à natureza jurídica da remição. Há doutrinadores, como Fuddoli, que recebem a remição como norma de direito material, ou seja, direito penal. Dessa forma, ela estaria protegida pelo instituto da retroatividade da lei penal mais benéfica, com base no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, e no artigo 2º do próprio Código Penal. Outra parte da doutrina considera que tal instituto traz em seu bojo norma de direito processual, ou seja, de direito formal. Portanto, a aplicação é imediata e não se sujeita ao princípio da irretroatividade da lei penal. Baseando-se no entendimento pelo qual a remição não tem caráter de alterar a pena, mas apenas de adaptar os efeitos do trabalho prisional desenvolvido, um dos autores que entende dessa forma é René Ariel Dotti.

Julio Fabbrini Mirabete cita em sua obra *Execução Penal*, Maria da Graça Morais Dias, que trata a remição como instituto completo:

[...] pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família, e, sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do penado.<sup>6</sup>

Subsidiariamente ao direito subjetivo do apenado, pode-se afirmar que, uma vez possível a remição pelo trabalho, o apenado vislumbra, além de sair do ócio forçado, outras vantagens como: o próprio desenvolvimento como cidadão, a sua autoestima e, fundamentalmente, o senso de responsabilidade, como fundamental para a ressocialização.

O Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, aborda o tema em seu voto no Recurso Extraordinário nº 352.994. Vejamos:

O trabalho do preso tem como escopo maior a ressocialização, o retorno ao convívio social. A remição é forma de se alcançar a diminuição do tempo de execução da pena. Vale dizer que, a um só tempo, o preso tem ocupação, logrando o aporte de recurso viabilizador da ajuda a familiares e a repercussão dos dias trabalhados no tempo relativo à pena.

Claus Roxin traz o ensinamento de que inclusive o direito penal poderia ser abolido, conforme se pode conferir abaixo:

O movimento abolicionista, que possui vários adeptos entre os criminólogos – não tanto entre os juristas – europeus, considera que as expostas desvantagens do direito penal estatal pesam mais que seus benefícios. Eles partem da ideia de que através de um parelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não se possa obter de modo igual ou melhor através de um combate às causas sociais da delinquência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extraestatais, indenizações reparatórias e similares.<sup>7</sup>

Baseado nesse pensamento fica-se de frente a um instituto da maior complexidade e que, em vez de encará-lo como desestímulo, deve ser analisado como necessidade de ser preservado. O instituto da remição pelo trabalho deve ter cada vez mais estímulo, quanto aos benefícios dele decorrentes.

De acordo com o Código Penal pátrio, em seu artigo 59, a pena, em nosso direito, objetiva a reprovação e a prevenção do crime, conforme se pode verificar:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Nesse sentido, Rogério Greco define que:

[...] de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

Isso porque a parte final do *caput* do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção<sup>8</sup>.

Daí surge o instituto da remição que, por ser direito público subjetivo do condenado, implica a diminuição de sua pena, alterando o título executório judicial que é a sentença penal condenatória.

Desse modo, a declaração dos dias remidos há de ser feita por sentença judicial, pelo Juiz da Execução, consoante previsão exposta nos artigos 66, inciso

III, alínea “c”, e 126, § 3º, da Lei de Execução Penal. Por se tratar de decisão judicial, deve ser ouvido sempre o Ministério Público, pois ele atua como o fiscal da execução da pena.

No aspecto da aplicação do instituto da remição, há debate no sentido de ser apenas pelos dias de trabalho que o apenado terá direito de remir a pena, ou, se além do trabalho, poderia o estudo também remir a pena.

A previsão legal da remição está no artigo 126 da Lei de Execução Penal, com a seguinte redação:

O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, **pelo trabalho**, parte do tempo de execução da pena.

Sendo assim, analisando-se literalmente o que diz o texto, apenas pelo trabalho do preso será possível remir a pena. Acontece que, da mesma forma, não existe nenhum dispositivo legal que proíba a consolidação de, pelos estudos, remir a pena.

É sabido que o instituto da analogia é utilizado em nosso direito penal, nunca, é claro, para criar um crime ou cominar uma pena, haja vista o princípio da legalidade ou da reserva legal, pelo qual não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Ocorre que, no caso em discussão, não se trata de norma incriminadora. Sendo assim, é plausível que se utilize do instituto da analogia para se entender que o estudo é atividade desenvolvida dentro do cárcere, que não só melhora a situação do apenado como ajuda no trabalho de inseri-lo novamente na sociedade. Dessa forma, nada mais justo ao apenado do que lhe conceder o benefício no caso de estar estudando.

O cálculo é feito de maneira que, a cada três dias trabalhados, seja remido um de pena, sendo que o Juiz proferirá sentença na qual reconhece os dias remidos pelo exercício da atividade dentro do cumprimento da pena.

Em recente entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no famoso caso da jovem Suzane Louise Von Richthofen, decidiu que o tempo remido não deve ser abatido do total da pena aplicada na sentença, mas somado ao tempo de pena cumprida. Segundo o STJ, a sistemática é mais benéfica aos presos para garantir posteriormente percentuais para a progressão de regime ou livramento condicional.

A partir desse entendimento, pode-se concluir pela existência de condição mais benéfica ao apenado, pois, de acordo com o antigo entendimento, primeiro se abatía a remição do total da pena, para depois calcular o *quantum*

para a progressão de regime. Agora, com a postura do Superior Tribunal de Justiça, soma-se à pena cumprida o período remido, conforme o exemplo abaixo:

Entendimento anterior - O réu é condenado a 24 anos de reclusão em regime fechado, trabalhando desde o primeiro dia até o período de três anos da pena, o que lhe dá o direito de um ano de remição. Dessa forma, abatendo-se um ano do total da pena (24 anos), chega-se ao montante de 23 anos de pena para cálculo de progressão. Calculando-se os três anos trabalhados não se obtém o critério objetivo de 1/6 (um sexto) para a progressão.

De acordo com o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com o mesmo montante de pena, trabalho e remição acima, chega-se ao total de quatro anos trabalhados, ou seja, três de efetivo trabalho, somado um ano de remição, para 24 anos de pena total. Ou seja, exatamente o montante de um sexto para a progressão. Mostra-se, portanto, que tal entendimento se torna mais benéfico ao apenado.

Porém, o artigo seguinte, o 127 da Lei nº 7.210/84, traz questão que, embora esteja pacificada já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, está longe de não ser polêmica. É a perda dos dias remidos pelo cometimento de falta grave.

O referido artigo diz que condenado punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Esse dispositivo, embora já reconhecido como constitucional sem prejuízo ao artigo 58 da mesma lei (Súmula Vinculante nº 9), que nos mostra o limite temporal de trinta dias para a punição pelo cometimento de falta grave, ainda causa polêmica e inquietude em muitos, pois fere princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da isonomia, da razoabilidade, entre outros, conforme será demonstrado.

Como referido anteriormente, a remição é concedida mensalmente. Após o término da jornada de trabalho ou estudo, é feito o cálculo dos dias de remição a que o preso faz jus, e enviado relatório carcerário para homologação dos dias remidos pela autoridade judiciária, que proferirá sentença reconhecendo os dias remidos do apenado.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, ingressou em nosso ordenamento jurídico o instituto da Súmula Vinculante, com previsão legal no artigo 103-A, *caput*, da Constituição Federal mandando que, após aprovação por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, passa a vigorar, com efeito vinculante a todos, o seguinte texto:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Dessa forma, o que era meramente Súmula consultiva passa a ter efeito vinculante, não podendo ser contrariada. Tem competência para editar, modificar ou cancelar a Súmula Vinculante apenas o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 dos seus membros. Ainda nesse sentido, além de o Supremo, têm legitimidade para propor aprovação, cancelamento ou modificação aqueles legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, em respeito ao § 2º do artigo 103-A da Constituição Federal.

Pois bem, o Supremo já editou algumas Súmulas Vinculantes, uma delas, a de nº 9, trata do preso que cometer falta grave, em razão da qual perderá os dias remidos de sua pena, sem prejuízo do previsto no artigo 58 da Lei de Execução Penal que prevê o limite temporal dos trinta dias. Sendo um dos argumentos, a existência da cláusula *rebus sic stantibus*, a remição está sempre ligada a uma condição pró-futuro.

Ora, ao se olhar a fundo o que caracteriza falta grave, prevista nos artigos 50, 51 e 52 da Lei de Execução Penal, fácil é enxergar a discricionariedade da administração pública para determinar o que é falta grave, por alguns incisos darem abertura para uma interpretação. Conforme o voto do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.791-2/RS, de relatoria do Ministro Menezes Direito, percebe-se quão perigosa é a condição “pró-futuro” da remição, pois, se em algum momento o indivíduo cometer algo tido como falta grave, perde tudo aquilo já conquistado. Senão vejamos:

A situação é realmente emblemática considerada a razoabilidade, a ordem natural das coisas, a dinâmica da própria vida. O paciente perdeu, em sede extraordinária, 311 dias remidos. Vale dizer que, sob o ângulo da remição, 933 dias trabalhados foram por terra, já que a contagem do tempo para esse fim faz-se à razão de um dia de pena por três de trabalho - § 1º do artigo 126 da Lei de Execução Penal. O motivo mostrou-se único: recusou-se a obedecer ordem no sentido de virar-se de costas para revista em cela.

Tal postura, ante o disposto no inciso VI do artigo 50 da citada lei, equiparase, em termos de enquadramento, a incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina, fugir, possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem, provocar acidente de trabalho e descumprir, no regime aberto, as condições impostas. No entanto, deve-se levar em conta não só o princípio da razoabilidade, como também a regra de a remição ser paulatina.

Em tal sentido, cometendo o apenado falta grave caracterizada pela administração, após a instauração do procedimento administrativo específico, é encaminhado à Vara de Execução Penal o relatório no qual constará tal falta grave, fazendo com que a autoridade judiciária homologue a perda dos dias remidos.

Ora, estamos diante de algo desarrazoado, pois, por motivo único e simples de recusar-se a virar de costas para uma revista, pode vir a fazer, e no caso concreto fez o apenado perder 311 dias já remidos de sua pena. Calculando o tempo trabalhado, chegamos à marca de 933 dias trabalhados, o que equivale há exatamente dois anos, seis meses e dias.

O Doutrinador Luiz Flávio Gomes traz, em seu sítio eletrônico, um comentário pertinente ao que está sendo explanando, conforme abaixo:

O Tribunal, por maioria, aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nove (1) nestes termos: “O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio no sentido de ser observado, na proposta de súmula vinculante, um procedimento mínimo, abrindo-se um processo administrativo para apreciação do verbete quanto à matéria e ouvindo-se a Comissão de Jurisprudência da Corte. Considerou-se o fato de haver reiterados precedentes da Corte no sentido da súmula vinculante proposta, restando preenchidos todos os pressupostos para a sua formulação (CF, art. 103-A). (2) Vencido, no ponto, o suscitante. Quanto à questão de fundo, o Min. Marco Aurélio também ficou vencido por entender que, no caso, não caberia a edição de um verbete de súmula. Asseverou que não haveria como, diante de uma falta grave verificada, fazer-se retroagir, em si, as consequências dessa falta grave, (3) a ponto de se afastar, do cenário jurídico, um pronunciamento judicial já reconhecendo um direito que, portanto, passou a integrar o campo de interesses do presidiário. (4) Preceden-

tes citados: RE 452994/RS (DJU de 29.9.2006); HC 91084/SP (DJU de 11.5.2007); AI 570188/RS (DJU de 3.3.2006); HC 92791/RS (DJE de 7.3.2008); HC 90107/RS (DJU de 27.4.2007); AI 580259/RS (DJU de 26.10.2007); AI 490228/RS (DJU de 14.4.2004).

**Comentários:** a Súmula Vinculante 9 é discutível porque concede a uma falta grave o efeito de aniquilar todo tempo conquistado anteriormente com a remissão pelo trabalho. É discutível também porque desconsidera decisão judicial reconhecendo os dias remidos (ou seja: desconsidera a coisa julgada).

(1) Sendo as súmulas vinculantes uma parte da jurisprudência consolidada do STF, também elas constituem fonte imediata do Direito penal. O teor da Súmula Vinculante 9 é o seguinte: “O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”. Em outras palavras: a perda do tempo remido em razão de falta grave (art. 127) é constitucional e não se lhe aplica o limite temporal de trinta dias previsto no caput do art. 58 da LEP.

(2) Para a edição de uma súmula vinculante o STF pode agir de ofício ou por provocação: a edição, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser fruto de atividade espontânea do próprio STF ou provocada por aqueles que contam com legitimidade para tanto. A Lei 11.417/2006 dispôs sobre o tema no seu art. 3o. Não se contemplou na lei a necessidade de um procedimento escrito específico.

(3) Quanto à questão de fundo, “o Min. Marco Aurélio também ficou vencido por entender que, no caso, não caberia a edição de um verbete de súmula. Asseverou que não haveria como, diante de uma falta grave verificada, fazer-se retroagir, em si, as consequências dessa falta grave”. A virtude está no meio. Salientou o Min. Marco Aurélio que a falta grave não poderia retroagir. A Súmula Vinculante 9 diz que a falta grave retroage inteiramente, aniquilando todos os dias remidos (pelo trabalho). Nem uma formulação nem outra parecem retratar o justo, que reside precisamente na limitação temporal do art. 58 da LEP, ou seja, a falta grave deveria fulminar os dias remidos nos últimos trinta dias (antes dela). Não deveria alcançar mais tempo pretérito que esse. Não foi esse entendimento intermediário, entretanto, que foi acolhido pela Súmula Vinculante citada.

(4) Mesmo que já haja decisão judicial reconhecendo os dias remidos, ainda assim, a falta grave afeta tudo que fora conquistado pelo presidiário. Desconsidera-se a coisa julgada. Fundamento: essa coisa julgada não seria

material e teria a natureza de *rebus sic stantibus* (coisa julgada dependente de uma condição futura, qual seja, o cometimento de falta grave). De acordo com nossa opinião (acima externada), considerando-se a natureza meramente declaratória da sentença que reconhece os dias remidos, o correto seria conferir à falta grave o efeito de aniquilar o tempo remido nos últimos trinta dias (ainda que haja sentença reconhecendo esse direito). Fazer retroagir a falta grave integralmente para alcançar todo o tempo remido nos parece um excesso.<sup>9</sup>

Cesare Beccaria já mostrava de forma ímpar a ineficácia do que hoje vivemos com essa perda do apenado:

É ter ainda falsas ideias de utilidade sacrificar mil vantagens reais ao temor de uma desvantagem imaginária ou pouco importante.

Não teria certamente ideias justas quem desejasse tirar aos homens o fogo e a água, porque esses dois elementos causam incêndios e inundações, e quem só soubesse impedir o mal pela destruição.<sup>10</sup>

Retirar do apenado os seus dias remidos, já concedidos por meio de sentença, vai de encontro com o que esses grandes pensadores do direito trazem no bojo de suas obras. Pois se retira o único ou, ao menos o maior benefício para um apenado, que é a remição de sua pena pelo trabalho laboral.

Ainda nesse sentido, Beccaria sintetiza a maneira mais correta de aplicação das penas:

Quando as penas se tiverem tornado menos cruéis, a demência e o perdão serão menos necessários. Feliz a nação que não mais lhes desse o nome de virtudes! A demência, que se tem visto em alguns soberanos substituir outras qualidades que lhes faltavam para cumprir os deveres do trono, deveria ser banida de uma legislação sábia na qual as penas fossem brandas e a justiça feita com formas prontas e regulares.<sup>11</sup>

No Recurso Extraordinário nº 452.994, o Ministro Marco Aurélio trata a matéria com a maestria recorrente, trazendo em seu voto contundente crítica ao dispositivo do artigo 127 da Lei de Execuções. Lembra que tal decisão é judicial, e sempre é ouvido o Ministério Público; por fim, chama de um retrocesso que violaria a dignidade do homem a perda dos dias remidos, conforme se pode conferir:

Relativamente à articulação sobre o cabimento do extraordinário, quanto à alínea “c” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, declarou-se válida não lei local, mas a Lei de Execução Penal, ou seja, a Lei federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Assim, a análise do recurso há de se fazer considerada a alínea “a”. Em jogo está a remição e a perda de dias remidos ante o cometimento de falta grave.

O artigo 127 da Lei de Execução Penal preceitua que o condenado que for punido com falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando um novo período a partir da data da infração disciplinar. Cumpre, então, definir: ocorrida a fuga, iniludivelmente prevista como falta grave – inciso II do artigo 50 da Lei de Execução Penal –, perde o condenado os dias remidos e assim declarados mediante pronunciamento do Juízo da Execução?

O trabalho do preso tem como escopo maior a ressocialização, o retorno ao convívio social. A remição é forma de se alcançar a diminuição do tempo de execução da pena. Vale dizer que, a um só tempo, o preso tem ocupação, logrando o aporte de recurso viabilizador da ajuda a familiares e a repercussão dos dias trabalhados no tempo relativo à pena. Então, assento a primeira premissa: ante o trabalho prestado, tem-se forma mesclada de retribuição – aquela em pecúnia e o desconto de dias na pena imposta.

A dinâmica da vida é conducente a concluir-se que, passo a passo, com o trabalho e na proporção de um dia de pena por três trabalhados, dá-se, em verdadeira ficção jurídica, o cumprimento da pena. Ora, esse aspecto já seria suficiente a ensejar o entendimento sobre a inviabilidade do retorno ao *statu quo* ante, afastando-se do cenário jurídico algo já ocorrido e em relação ao qual a sociedade é a maior interessada. Da mesma forma que a ordem natural das coisas impede a devolução da força despendida pelo preso, inviabilizado fica o cancelamento da retribuição, ainda que parcial. Mais do que isso, a remição é reconhecida mediante pronunciamento judicial, ouvido o Ministério Público. Surge, então, dado da maior importância e que há sempre de implicar segurança jurídica: a norma do artigo 127 da Lei de Execução Penal, a revelar a perda do direito ao tempo remido, começando novo período a partir da data da infração disciplinar, não se coaduna com a ordem natural das coisas, resultando em retrocesso que contraria as balizas inerentes à dignidade do homem. Repita-se que, no dia-a-dia do cumprimento da pena, vai-se deixando para trás o tempo transcorrido, ao qual se adita, ante ficção legal, período em decorrência da prestação de serviços, do trabalho. Não se pode simplesmente elidir as consequências legais próprias.

O renomado doutrinador Claus Roxin vem estudando melhor forma para a penalização no Direito Penal, de tal sorte a trazer, no bojo do seu trabalho, o seguinte pensamento: “quanto mais aumentarem os dispositivos penais e, em consequência deles, os delitos, tanto menos será possível reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade”<sup>12</sup>.

Além disso, as instituições penais estão muito aquém do necessário para a execução da pena privativa de liberdade. Do mesmo modo, encontram-se os recursos financeiros. Roxin ainda mostra outros pensamentos, como o de *Kaiser*:

Não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação de liberdade, possuem ainda mais efeitos dessocializadores.<sup>13</sup>

Nesse sentido, Roxin defende a suavização do Direito Penal, mostrando que a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa, medidas de segurança, cada vez mais estão em voga. Essa ideia, muito defendida na Europa, trata o delinquentes como doente psíquico ou social que precisa ser tratado em vez de punido.

Esse tipo de punição trará como consequência o desestímulo ao trabalho prisional, pois a perda para quem trabalha acaba sendo maior do que o ganho para quem está incurso no sistema de trabalho prisional.

O trabalho dignifica o homem, principalmente na prisão, um lugar que de modo geral não sobram nem sequer vagas para o trabalho. Se, fora dos muros da prisão, o trabalho motiva qualquer homem, dentro da prisão isso deve ser incentivado ao máximo, pois o desestímulo trará o ócio forçado, o que fere de morte a ressocialização do indivíduo. Além de remir a pena, o trabalho ajuda a reinserção e a reintegração do cidadão à sociedade fora dos muros do cárcere.

Em nosso ordenamento jurídico, a cláusula *rebus sic stantibus* tem natureza condicional, ou seja, se sujeita o apenado a uma condição resolutiva, ou mesmo a uma condição de não fazer.

Acontece que tal cláusula não encontra sua origem no Direito Penal, mas sim na doutrina civil<sup>14</sup>. Ora, de acordo com essa cláusula civil, se uma condição futura que viesse a alterar as condições para a concretização de um contrato, impedisse a sua execução, o pacto poderia ser revisto, para que se adequasse a tal situação.

A justificativa para trazer para o Direito Penal, ou de execução penal, é que o mérito do condenado deve ser avaliado sempre no decorrer da execução da pena,

e que para isso o condenado deve não só trabalhar, mas, também, ter boa conduta.

De outro turno, Rodrigo de Abreu Fudoli traz, em sua obra, o pensamento de Ande Isola Fonseca, entre outros, quanto à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, senão vejamos:

Efetivamente, dentro da execução penal existem decisões sujeitas à cláusula ‘*rebus sic stantibus*’, mas há outras às quais ela não se aplica. É preciso distinguir as decisões relativas à forma de cumprimento de pena – qualidade do título executivo – das referentes à quantidade.

As primeiras podem sujeitar-se à cláusula mencionada, pois se fundam em uma relação continuativa e projetam seus efeitos sobre o cumprimento futuro da pena. Assim são as decisões que concedem progressão de regime, livramento condicional, ‘*sursis*’ e conversões de pena em geral.

Isso quer dizer que o seu direito, ao que foi estabelecido na sentença concessiva, só se mantém enquanto continuarem existindo as condições que autorizam a concessão. Não é o que se verifica com a remição e nem com as demais decisões que afetam a quantidade da pena, como é de primeira intuição. Em relação a essas, a cláusula é inaplicável simplesmente porque elas não se baseiam em uma relação continuativa. São exemplos a concessão de indulto e de comutação de penas.

Uma vez concedida uma redução de  $\frac{1}{4}$  de pena, mesmo que posteriormente o beneficiário venha a praticar falta disciplinar grave, não perde o desconto da pena recebido, cuja avaliação teve como base o merecimento demonstrado no passado, e não o prognóstico futuro.<sup>15</sup>

Ainda nesse sentido, mostra que “o art. 127 da Lei de Execução Penal não autoriza entender que a sentença que reconhece a remição possui a cláusula ‘*rebus sic stantibus*’. Como salientado, isso decorre da natureza da decisão e não da norma e, se a natureza determina a ocorrência da coisa soberanamente julgar, a regra que permite sua violação deve ser considerada inconstitucional”.

Por fim, ainda nesse mesmo raciocínio, Fonseca sintetiza dessa forma:

Não há, pois, como decretar a perda dos dias remidos sem violar a garantia da coisa julgada e provocar a insegurança jurídica. Acrescente-se, ainda, que, se nem mesmo uma eventual (e hipotética) lei, que venha a abolir o instituto da remição, pode retroagir para atingir a coisa julgada, seria paradoxal admitir que uma falta disciplinar, apurada exclusivamente no âmbito

administrativo, tivesse o condão de tornar ineficaz uma sentença judicial contra a qual não cabe mais recurso.

Quando se trata de execução penal, não se pode esquecer que o local onde se cumpre a pena é onde os riscos de pequeno deslize se tornar flagrante.

Um ambiente desagregador e desumano no qual toda e qualquer relação é pautada pelo autoritarismo e muitas vezes até pela maldade, leva um interno, mesmo que com excelente comportamento, que trabalha diuturnamente para remir sua pena, seja levado, às vezes a ter inevitável problema, que lhe ensejará, com grande possibilidade, cometimento de falta grave, acarretando, assim, a perda dos dias remidos.

Alessandra de La Vega Miranda trata do ambiente carcerário, no qual reina, em regra, a violência, o desrespeito à dignidade humana, bem como mostra a falência do sistema carcerário hoje vigente em no ordenamento pátrio, defendendo inclusive o abolição deste sistema:

Por não haver identificação da latência e do foco de emanção desta modalidade de violência, meramente institucionalizada, tem-se no aspecto punitivo da pena um controle velado, imperceptível aos olhos, mas atuante segundo o propósito de esfacelamento da dignidade humana, na medida em que o indivíduo que ao cárcere é submetido não apresenta condições de se desenvolver em suas potencialidades.

Assim sendo, ante a existência de violência física sofrida no ambiente carcerário, acrescenta-se a psicológica, ambas manifestas - quando, por exemplo, de uma rebelião ou de um assassinio – ou latentes, potencialmente aptas a exsurgir, não se sabendo, ao certo, precisar a fonte, daí a dificuldade em encontrar o foco produtor, razão pela qual a prisão assenta sua natureza na violência estrutural, consecutória de um sistema hierarquizado de poder (BRAILLARD, 1990, p. 345), onde a vigilância é a tônica do sistema.

[...]

Identificada a falência institucional da pena privativa de liberdade, corolário de imprestabilidade do próprio sistema carcerário, o primeiro passo no sentido de formação de uma teoria abolicionista de longo alcance encontra-se na necessidade de fomento de um debate fecundo e científico que, segundo HULSMAN, deve ser encabeçado pela própria sociedade e seus grupos

componentes (1999, p. 46), não cabendo espaço, neste diapasão, para a superficial abordagem midiática, tida como expressão de formatação de massa.<sup>16</sup>

Zaffaroni e Pierangeli traduzem de forma sucinta esta situação: “há deveres estabelecidos para o preso que são incompatíveis com qualquer tipo de convívem numa instituição com tais características”.<sup>17</sup>

Nesse sentido não pode exigir, olhando pelo âmbito da razoabilidade, que um ser humano que se encontra em tais circunstâncias não tenha, no cumprimento de sua pena, qualquer deslize.

Assunto que ainda traz discussão é a retroatividade da lei, haja vista se tratar de norma que contém em seu bojo matéria penal, mas, também, de processo penal não atingida pelo princípio da retroatividade da lei penal.

Uma parte da doutrina entende que, por se tratar de matéria que contém Direito Penal, ou seja, direito material, deve-se respeitar consagrado princípio da irretroatividade, ou seja, a Súmula Vinculante só produzirá os seus efeitos da publicação em diante, não atingindo aqueles casos nos quais foi cometida a falta grave anterior à Súmula.

De outro turno, a corrente majoritária trata a questão como tendo a referida Súmula Vinculante aplicação imediata, pela própria razão de ser da sinopse decisória. Por fim, a parte que se refere ao Verbete Vinculante, apenas como confirmador do que existente na norma de execução penal, ou seja, o artigo 127 da Lei de Execução, sem prejuízo ao artigo 58 é constitucional. Sendo assim, não se pode falar em princípio da retroatividade, pois não se trata de norma nova.

Para Rui Carlos Machado Alvim, a adoção pura e simples da regra prevista no artigo 127, tornará praticamente inócuo o instituto da remição, diante da frequência da punição por falta grave do condenado. Preconiza, por isso, que o regulamento interno da prisão estabeleça um sistema de temporariedade, com a possibilidade de o condenado reabilitar-se quando não cometer qualquer outra infração durante determinado tempo, recuperando, assim, o tempo remido anteriormente à prática da falta grave.<sup>18</sup>

Esse é posicionamento mais arrojado, porém o que de fato vem a produzir são os efeitos imediatos da perda total dos dias remidos, conforme se pode auferir da obra de Mirabete, *Execução Penal*:

[...] não poderá o regulamento sobrepor-se ao disposto expressamente na lei federal. Determina esta a perda de todo o tempo remido anteriormente à

prática de infração disciplinar e não prevê qualquer hipótese de requalificação do direito à remissão pelo trabalho do período anterior. [...]

Acontece que nos dias de hoje compete à autoridade judicial a declaração da perda dos dias remidos, por se tratar de um direito subjetivo do apenado, e cabe ao Juiz da Vara de Execuções declarar a perda dos dias remidos, ficando este limitado a declarar o que foi encaminhado pela administração do presídio, não lhe cabendo discutir o mérito da punição. É critério objetivo, ou seja, cometeu a falta grave, veio da administração prisional a apuração da falta grave e só resta ao Juiz reconhecer a perda dos dias remidos.

Michel Foucault já mostrava a importância da proporcionalidade e da razoabilidade nas punições para que se possa ressocializar o indivíduo:

Reanimar um interesse útil e virtuoso, cujo enfraquecimento é provado pelo crime. O sentimento de respeito pela propriedade - a de riquezas, mas também a de honra, de liberdade, de vida - o malfeitor o perde quando rouba, calunia, sequestra ou mata. É preciso então que lhe seja reensinado. E começaremos a ensiná-lo nele mesmo: ele sentirá o que é perder a livre disposição de seus bens, de sua honra, de seu tempo e de seu corpo, para, por sua vez, respeitá-lo nos outros. A pena que forma sinais estáveis e facilmente legíveis deve assim recompor a economia dos interesses e a dinâmica das paixões.<sup>19</sup>

Foucault trata a matéria com grande profundidade; mostra que essas estruturas não trazem resultado eficaz. Assim está em sua obra:

Uma série prolongada de privações penosas, poupando à humanidade o horror das torturas, afeta muito mais o culpado que um instante passageiro de dor... Ela renova sem cessar aos olhos do povo que serve de testemunha a lembrança das leis vingadoras e faz a todos os momentos reviver um terror salutar.

[...] é preciso que o castigo seja achado não só natural, mas interessante; é preciso que cada um possa ler nele sua própria vantagem. Que não haja mais essas penas ostensivas, mas inúteis. Que também cessem as penas secretas; mas que os castigos possam ser vistos como uma retribuição que o culpado faz a cada um de seus concidadãos pelo crime com que lesou a todos [...]<sup>20</sup>

A Súmula Vinculante nº 9 fere frontalmente alguns princípios consagrados pela nossa Carta Magna, tais como o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da isonomia, do direito adquirido, e da segurança jurídica e por fim o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo nos ensina Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, na renomada obra “Curso Direito Constitucional”, Editora Saraiva, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade acabou se tornando consubstancial à própria ideia do Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais:

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precedente e condiciona a positividade jurídica inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Com tais conceitos, é possível enxergar onde a Súmula Vinculante nº 9 estaria violando princípio, pois não é razoável punir com a perda dos dias remidos um interno que se dedica às atividades laborais, com uma pena que supera em muito os trinta dias previstos no artigo 58 da LEP. Ora, se o preso já trabalhou por três anos, ele perderá um ano inteiro de pena já remida e reconhecida pela Vara de execução.

No que toca ao princípio da isonomia, que trata os iguais de forma igual e desiguais os desiguais, na medida de suas desigualdades, é patente a violação ao princípio, conforme se pode auferir no exemplo que se segue:

Dois internos cometem o mesmo delito (falta grave), da mesma forma, no mesmo momento, como por exemplo, uma fuga. Sucede que o primeiro trabalha há seis meses e têm dois meses remidos já sentenciados pela Vara de execução, enquanto o segundo não trabalha, logo não incide nenhuma remição.

Quando capturados, eles receberão punições completamente distintas, pois o primeiro perderá os dois meses já reconhecidos como dias remidos, além de receber a punição imediata do isolamento por trinta dias o que caracteriza claramente o *bis in idem*, enquanto o segundo apenas receberá a sanção do isolamento por trinta dias.

Ainda no que concerne a obra do Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, quando trata dos princípios do direito adquirido, coisa julgada e segurança jurídica ele,

afirma veementemente que “dessa formal tripartição, o conceito central é o conceito do direito adquirido, nele estando contemplados de alguma forma tanto a ideia de ato jurídico perfeito como a de coisa julgada”.

Ora, segundo o artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, “consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem”. Já o ato jurídico perfeito encontra respaldo no artigo 6º, § 1º, da LICC, “já consumado segundo a lei vigente do tempo ao tempo em que se efetuou”, e por fim, a coisa julgada “a decisão judicial de que já não caiba mais recurso” (LICC, art. 6º, § 3º).

Sendo assim, da forma em que são reconhecidos os dias remidos, que é por meio de uma sentença do juiz da execução penal, conforme já vimos anteriormente, e que, o Ministério Público não agravou na execução dentro do prazo legal, se está diante exatamente do conceituado como *ato jurídico perfeito, coisa julgada e, principalmente, direito adquirido do apenado*.

Existem hoje, em nossa doutrina, três entendimentos quanto à Súmula Vinculante nº 9. O primeiro é o entendimento segundo o qual ela é de toda constitucional; o segundo é intermediário que a Súmula seria em parte inconstitucional, e o mais radical, pelo qual se entende ser a Súmula toda inconstitucional.

No que concerne à primeira posição, da constitucionalidade da Súmula, uma das principais defensoras é Ada Pellegrini Grinover. Essa corrente trata a matéria no sentido de que a prestação do trabalho prisional não gera direito adquirido, e que, o instituto da remição da pena, está sim agasalhando a cláusula *rebus sic stantibus*.

Cabe ressaltar, que uma vez reconhecida a falta grave e a conseqüente perda dos dias remidos, abre-se nova contagem de tempo para os efeitos remicionais, a partir da data do fato tido como falta grave.

Desse modo, dependendo da condição futura do apenado, se ele vier a cometer falta grave, estaria sujeito à sanção, qual seja a perda dos dias remidos. Claro que necessita de procedimento específico que é a apuração da falta grave em um primeiro momento, seguido de que a falta reconhecida por uma sindicância (disciplinar) e após seja reconhecida pelo Juízo da Execução.

No que toca à jurisprudência, não existem mais dúvidas, haja vista que estamos tratando de uma Súmula Vinculante que, depois de editada, vincula a todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

A segunda corrente, que entende ser constitucional apenas a aplicação da Súmula a remição ainda não reconhecida por sentença do Juízo de execução, pois essa atinge a coisa julgada, tem como defensor José Cirilo de Vargas, que diz:

A coisa julgada carrega consigo a vontade da Constituição de tornar imutável e indiscutível a sentença, quando não mais sujeita a recurso, ou porque a lei não o concede, ou porque a parte não fez uso dele no prazo oportuno, ou porque todos os recursos existentes foram esgotados (...) A autoridade da coisa julgada é elemento indispensável da ordem pública e tem o mesmo fundamento que a autoridade da lei e a do Governo, no regime da tripartição dos Poderes.<sup>21</sup>

A decisão com trânsito em julgado constitui coisa julgada material, sendo assim a decisão do juízo de execução que reconhece os dias remidos, não constando qualquer recurso por parte do Estado, constitui assim, coisa julgada material, direito público subjetivo do apenado, com isso traz consigo a imutabilidade.

Se atingirmos, assim, uma decisão judicial transitada em julgado, estaria viciada de inconstitucionalidade a aplicação da Súmula. Nesse sentido, essa corrente defende a aplicação da Súmula apenas aquelas dias ainda não reconhecidos por sentença judicial.

Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes ensina:

[...] as decisões representativas de alterações sobre a pena imposta na sentença condenatória, excepcionalmente autorizada ao juiz da execução penal como as relacionadas com o indulto, redução de pena, unificação de penas, adaptação da lei nova, diversas portanto daquelas relativas às adaptações ocorridas no cumprimento de determinada pena, terão maior estabilidade, adquirindo forma de coisa julgada material.<sup>22</sup>

Ainda nesse turno, José Fernando Seifarth de Freitas aduz que:

a remissão ‘e forma de cumprimento de pena’ e, uma vez transitada em julgado a sentença que declara remidos os dias trabalhados pelo preso, forma-se um novo título executivo penal, com redefinição do tempo de pena que resta a cumprir, não podendo uma infração administrativa retroagir e modificá-lo, em verdadeira revisão ‘pro societate’, para restabelecer parte da pena já extinta, em prejuízo do sentenciado.<sup>23</sup>

Ora, o momento em que se encontra o Estado Democrático é de um direito penal garantista, no qual se trabalha sempre com o princípio da verdade real. Se temos uma norma que dá ensejo a alguma interpretação, ela deve ser

interpretada de forma a beneficiar o réu, não a prestigiar o princípio do *in dubio pro societate*.

Por fim, o entendimento segundo o qual a Súmula é de toda inconstitucional tem como uma das principais defensoras Janora Rocha Rossetti, que entende ser a exigência contida implicitamente no artigo 127 da Lei de Execuções Penais absurda e que conduz a uma situação de insegurança jurídica no meio carcerário.

Essa corrente trata o ramo remicional do direito ligado diretamente à liberdade do cidadão, de tal sorte a estar submetido aos direitos fundamentais que não podem de maneira nenhuma ser vinculados a uma condição futura, por serem direitos concretos, não podendo, assim, serem perdidos.

Ainda nesse sentido, tal corrente entende que, por se tratar de uma sentença meramente declaratória, apenas reconhece uma condição já conquistada pelo apenado, que fez jus a tal benefício, não permitindo, que se apague do mundo jurídico o patrimônio do apenado.

Sendo assim, embora ainda não tenham sido reconhecidos pelo juízo de execução os dias remidos, esses já teriam se incorporado ao conjunto de direitos do ora condenado.

Por isso, o entendimento mais conservador alega a violação a uma série de princípios constitucionais, como o da individualização da pena, razoabilidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, o da dignidade da pessoa humana.

A Súmula Vinculante nº 9, quando aplicada, serve como desestímulo ao trabalho no cárcere, conforme trata Rossetti:

Tal situação não pode ser encarada senão como um desestímulo ao trabalho penitenciário, a medida que leva o detento, sabedor das vicissitudes que o cercam a cada passo que dá, a preferir a inação e a indolência a um esforço não valorizado e de resultados duvidosos.<sup>25</sup>

Fudoli, em sua obra “Da remição e da pena privativa de liberdade” mostra uma estatística que corrobora tal corrente, de que pouco mais de 20% (vinte por cento) dos condenados trabalham e, entre estes, mais da metade dos presos não recebe remuneração. Daí se extrai a ideia que a perda dos dias remidos pelo cometimento de falta grave é uma perda considerável para os apenados, haja vista que muitos deles têm a remição como o único prêmio pelo trabalho realizado.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.075/01, que altera o que disposto no artigo 127 da Lei de Execuções Penais:

Projeto de lei: Projeto nº 5.075/2001 de reforma da Lei de Execução Penal  
Altera dispositivos da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, que Institui a Lei de Execução Penal.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

(...)

Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo que ainda não se declarou remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Parágrafo único. O condenado poderá requerer a declaração de remição pelo trabalho ou pelo estudo a cada cento e vinte dias.

Se aprovado, encerraria muito do discutido neste trabalho, pois, chegar-se-ia ao que defende boa parte da doutrina, que é a perda dos dias remidos apenas do que ainda não foi reconhecido pelo Juízo de execução, o que, de todo modo, parece ser de longe o mais razoável.

Consideradas as inconstitucionalidades, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, é quem detém competência para cancelar, modificar ou criar Súmula Vinculante, embora a proposta para isso possa ser feita por todos aqueles que detém capacidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o mesmo Tribunal.

Por meio das discussões doutrinárias e jurisprudenciais, cabe-nos partir para a linha da revisão o do cancelamento da referida Súmula, pois ela se encontraria eivada de inconstitucionalidade.

O que se propõe é, além da demonstração dos aspectos polêmicos e da possível inconstitucionalidade da Súmula, a sua efetiva mudança ou mesmo o cancelamento.

No que tange ao cancelamento devido às inconstitucionalidades referidas, necessário se faz a edição de nova Súmula com a redação que respeite os princípios ora alegados como violados.

Quanto ao ponto da mudança, seria apenas o de adequar a Súmula existente em uma harmonia com a Carta da República, respeitando, assim, os dias remidos já conquistados e adquiridos mediante a sentença penal de homologação dos mesmos.

Diante do exposto, podemos concluir que a finalidade da pesquisa é respeitar o direito adquirido do apenado no que decorre da sentença de homologação dos dias remidos. Com isso, princípios balizadores do ordenamento jurídico nacional estariam protegidos, como a segurança jurídica, o direito ad-

quirido e a coisa julgada. Além é claro dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, individualização da pena e fundamentalmente o da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, com a devida vênia, acredito que estaríamos a caminhar com essas mudanças a uma execução da pena que realmente possa ressocializar, reeducar, reinserir o detento novamente ao seio da sociedade.

## Notas

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Vol I. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 436.

<sup>2</sup> FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 37.

<sup>3</sup> MIRABETE, Julio F. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 425.

<sup>4</sup> CHIES, Luiz Antônio Bogo. Prisão: Tempo, Trabalho e Remição Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros Tópicos Revisitados. p 537. In: Salo de Carvalho. (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>5</sup> FILHO, Roberval Rocha Ferreira; *Súmulas do STF - Organizadas por Assunto, Anotadas E Comentadas*, 2. ed, Salvador: Juspodivm, 2009. p. 227.

<sup>6</sup> A redenção das penas pelo trabalho. Breve notícia de um sistema. TR 483/251.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus, *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 3.

<sup>8</sup> GRECO Rogério, *Curso de Direito Penal Parte Geral*, 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 489 e 491.

<sup>9</sup> GOMES, Luiz Flávio. Trabalho, perda dos dias remidos, falta grave e súmula vinculante 9. Disponível em <http://www.lfg.com.br/>. 11 agosto. 2008.

<sup>10</sup> BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e Das Penas*, São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. p. 94.

<sup>11</sup> Idem, ibidem, p. 64.

<sup>12</sup> ROXIN, Claus, *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 18.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p. 18.

<sup>14</sup> Segundo PEREIRA. *Instituições de direito civil*, p.98, a expressão tem origem na frase latina “Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur”, ou seja, “os contratos de execução sucessiva dependentes de circunstâncias futuras, entendem-se pelas coisas como elas se encontram”. Trata-se de presunção de que os contratos possuem uma cláusula implícita, de acordo com a qual as partes são compelidas ao seu estrito cumprimento, pressupondo-se que as circunstâncias que ensejaram a formulação do pacto permaneçam as mesmas no instante da execução.

- <sup>15</sup> FONSECA, Ande Isola. *et al. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 95.
- <sup>16</sup> MIRANDA, Alessandra de La Vega. Controle social e intervenção Estatal: da violência do cárcere para uma proposta abolicionista de longo alcance. Pesquisado no sítio <http://jusvi.com/artigos/36178> em 27 de agosto de 2009.
- <sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 799.
- <sup>18</sup> Cf. art. cit. *RT 606/289-290*. Cf. também: ROSSETI, Janora Rocha. Remição da pena: adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao texto constitucional, *RT 697/264-268*.
- <sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 32. Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007. p. 89.
- <sup>20</sup> Idem, *ibidem*, p. 90.
- <sup>21</sup> VARGAS, *Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 313.
- <sup>22</sup> FERNANDES Antonio Scarence. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 94.
- <sup>23</sup> FREITAS José Fernando Seifarth do. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, p. 8.
- <sup>24</sup> ROSSETTI, Janora Rocha. *Remição da Pena: Adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao Texto Constitucional*. São Paulo: RT, 1993.
- <sup>25</sup> Idem, *ibidem*.

## Referências

- ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*, 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BITENCOURT. Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. Prisão - Tempo, Trabalho e Remição: Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do Artigo 127 da LEP e outros Tópicos Revisitados. In: Salo de Carvalho. (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DIAS, Maria da Graça Moraes. *A redenção das penas pelo trabalho. Breve notícia de um Sistema*. São Paulo: RT, 2003.
- FILHO, Roberval Rocha Ferreira. *Súmulas do STF - Organizadas por assunto, Anotadas e Comentadas*, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, 32. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

- FREITAS, José Fernando Seifarth de. O Art. 127 da LEP não alcança os dias declarados remidos por sentença transitada em julgado, in: *Boletim IBCCrim* nº 85, dezembro/99.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. Trabalho, perda dos dias remidos, falta grave e súmula vinculante 9. Disponível em <http://www.lfg.com.br/>. 11 agosto 2009.
- GRECO Rogério, *Curso de Direito Penal Parte Geral*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- MIRABETE, Julio F. *Execução Penal*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRANDA, Alessandra de La Vega. Controle social e intervenção estatal: da violência do cárcere para uma proposta abolicionista de longo alcance. *Revista Jus Vigilantibus* nº 0317/2008, Ano II - ISSN 1983-4640
- ROCHA, Felipe Borring. Remição: reflexões acerca da interpretação jurisprudencial prevalente do art. 127 da Lei de Execuções Penais: Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>. 10 julho 2009.
- ROSSETTI, Janora Rocha. *Remição da Pena: Adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao Texto Constitucional*. São Paulo: RT, 1993
- ROXIN, Claus, *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VARGAS, José Cirilo de, *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ZAFFARONI Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.

## Resumo

O Instituto da remição da pena tem por objetivo principal o incentivo ao trabalho do preso, bem como a sua consequente ressocialização e reinserção na sociedade. É o maior incentivo ao apenado, pois, a cada três dias trabalhados, o apenado tem como cumprido um dia de sua pena. O Supremo Tribunal Federal editou um Verbete Vinculante que retira do apenado, quando cometida uma falta grave, toda remição já conquistada por seu trabalho. A Súmula Vinculante de nº 9 é a que trata dos dias remidos pelo cometimento de falta grave. A importância temática se dá pelo fato de o Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Constituição, nos dias de hoje estar mitigando princípios constitucionais, penais e processuais penais. Ao mesmo tempo em que edita uma Súmula Vinculante bem garantista, que é a das algemas, o Supremo edita a de número 9, suprimindo direitos fundamentais do apenado. Não

obstante, ainda apaga do mundo jurídico uma sentença prolatada pelo Juiz da Execução Penal. De tal sorte a entregar o destino do presidiário nas mãos da Administração Penitenciária, com a qual todos sabem, os direitos dos apenados são completamente mitigados, em prol de uma “ordem”. Neste sentido, surgiu a vontade de estudar este Instituto, para que possa transparecer esta inconstitucionalidade contida neste Verbete Vinculante, conseqüentemente uma proposta não só de alteração como até o possível cancelamento da Súmula Vinculante de nº 9.

Palavras-Chave: Remição – Súmula Vinculante – Dias Remidos – Falta Grave – Inconstitucionalidade.

### **Abstract**

The punishment remission has the main purpose of being an incentive for prisoners to work and consequently rejoin society. It is the greatest incentive for prisoners because they will have, at every three days of work, one day of their punishment accomplished. The Supreme Court issued a binding abridgment which withdraws from the prisoner, in case of committing a serious fault, all remission acquired by his work. The Binding Abridgment n. 9 deals with remission days and fault committing. The importance of the theme resides in the circumstance of the Supreme Court, guardian of our Constitution, is mitigating constitutional, criminal, and criminal proceeding principles. At the same time the Supreme Court issues a very guaranteeing abridgment, the one related to the use of handcuffs, the Court publishes the Binding Abridgment n. 9, which eliminates fundamental rights of the prisoner. The Court suppresses from the judicial world a sentence passed by the criminal execution Judge, leaving the prisoner destiny in the hands of the prison administration in which, it is known, the prisoners rights are completely mitigated in behalf of an “order”. For these reasons, it was decided to study this subject in order to examine the unconstitutionality presented in this abridgment. At the end, this work can become a proposal not only to modify but even to cancel the Binding Abridgment n. 9.

Keywords: Remission - Binding abridgment - Remission days – Serious fault – Unconstitutionality.



## **Normas para os 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 (quinze), e no máximo 25 (vinte e cinco) 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

 *gráfica e editora*  
***inconfidência***

**fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350**  
**brasilía distrito federal**

Site: [www.graficainconfidencia.com.br](http://www.graficainconfidencia.com.br)  
E-mail: [graficainconfidencia@terra.com.br](mailto:graficainconfidencia@terra.com.br)